



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
PRÓ REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA (POSGRAP)  
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO (COPGD)  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (PRODIR)  
MESTRADO EM DIREITO

ELIEZER SIQUEIRA DE SOUSA JÚNIOR

CONSENSO E SANÇÃO: UMA TEORIA DISCURSIVA PARA UM PROCESSO PENAL  
ÍNTEGRO E DEMOCRÁTICO

São Cristóvão, SE  
Janeiro 2019

ELIEZER SIQUEIRA DE SOUSA JÚNIOR

CONSENSO E SANÇÃO: UMA TEORIA DISCURSIVA PARA UM PROCESSO PENAL  
ÍNTEGRO E DEMOCRÁTICO

Dissertação de Mestrado, exigida como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS), na linha de pesquisa: Processo de constitucionalização dos direitos e cidadania: aspectos teóricos e metodológicos, sob a orientação do Professor Doutor Henrique Ribeiro Cardoso e coorientação do Professor Doutor Clóvis Marinho de Barros Falcão.

São Cristóvão, SE

Janeiro 2019

ELIEZER SIQUEIRA DE SOUSA JÚNIOR

CONSENSO E SANÇÃO: UMA TEORIA DISCURSIVA PARA UM PROCESSO PENAL  
ÍNTEGRO E DEMOCRÁTICO

Aprovada em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

Conceito:\_\_\_\_\_.

Dissertação de Mestrado, exigida como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS), na linha de pesquisa: Processo de constitucionalização dos direitos e cidadania: aspectos teóricos e metodológicos, sob a orientação do Professor Doutor Henrique Ribeiro Cardoso e coorientação do Professor Doutor Clóvis Marinho de Barros Falcão.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso (Orientador)  
Universidade Federal de Sergipe (UFS)

---

Prof. Dr. Clóvis Marinho de Barros Falcão (Coorientador)  
Universidade Federal de Sergipe (UFS)

---

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr (membro externo)  
Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba)

São Cristóvão, Sergipe, Brasil  
Janeiro de 2019

*A Deus, porque tudo a Ele pertence.*

*A meus pais, pela fonte inesgotável de bons exemplos.*

*A Marcelle, pela dedicação, paciência e incent*

*A Joaquim, por ser meu maior motivo para me tornar um ser humano melhor!*

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela força nos momentos de angústia e por saber que está sempre ao meu lado nesta caminhada da vida.

A meus pais Eliezer e Terezinha, pela forma como conduziram a minha formação, pelo amor incondicional e pela eterna torcida. Sem vocês, eu não conseguiria.

A meus irmãos Sandro Heleno, Pedro Ivo, Paulliany, Eduardo e Thaiz, por serem tão próximos mesmo fisicamente distantes. Amo vocês.

A meus sogros Ary e Jacineide, pelo suporte incondicional.

A meu orientador, Professor Doutor Henrique Ribeiro Cardoso, a quem sou grato por transcender as funções de professor e orientador: “*a friend in need is a friend indeed*”.

A meu coorientador, Professor Doutor Clóvis Marinho de Barros Falcão, pela paciência, ensinamento, elegância e por ser responsável pelo meu inusitado interesse pela Filosofia do Direito.

A todos os professores da minha vida, que sempre se doaram um pouco para ensinar, agradecendo a todos na pessoa do Professor Ulysses Gusman, que infelizmente nos deixou deste mundo terreno e passou a viver nas moradas celestiais.

A todos os amigos queridos e diletos que fiz neste período de Mestrado, que tornaram o caminho mais leve e proveitoso. Meu muito obrigado.

A todos os amigos e colegas da Magistratura que, de alguma forma, colaboraram para a conclusão deste trabalho.

A meus familiares, parentes e amigos, pelo apoio.

Por fim, e muito longe de ser menos importante, a você, Marcelle, a quem agradeço pela compreensão, apoio e carinho nesta árdua caminhada, e a você, meu filho Joaquim, que me surpreende a cada dia com seu jeito doce de viver. Esta obra é dedicada a vocês!

## RESUMO

O conflito é inerente à vida em sociedade. Como demonstração de força, poder ou domínio sobre o outro, tem-se que as relações humanas não são imunes à discórdia e às tensões do cotidiano. Resolver as questões humanas através do enfrentamento é inconcebível, pensando em todo o gasto financeiro, emocional e vital que se tem nas questões diárias. Assim, o consenso surge como solução a ser perseguida na sociedade, como forma mais prática e eficaz de solucionar essas tensões. Frise-se que, em um mundo voltado ao ganho e sucesso, traços característicos inseridos em nosso cotidiano pela ideologia capitalista, falar sobre consenso pode parecer incoerente. Entretanto, há de se salientar que a humanidade só se desenvolveu graças à comunicação, ao entendimento e à linguagem. Se por um lado, a sociedade se desenvolve através do processo comunicativo, o sistema jurídico de direito público, notadamente o da seara penal, classicamente se afastou do procedimento dialógico, abraçando diversos momentos monológicos. O diálogo, como ferramenta da civilização moderna, deve ganhar espaço em procedimentos onde, até então, não era considerado, a fim de que deixe de ser consubstanciado em dogmas jurídicos que não mais se sustentam na atualidade. Assim, o interesse público deve ser atendido à luz da participação da sociedade, direta e indiretamente, atingindo os fins a que se destina. O consenso deve ser progressivamente perseguido para satisfazer e legitimar as escolhas tanto das instituições quanto dos indivíduos, ao invés de ser constantemente contraposto ao direito público. Vigora ainda, no processo penal, o paternalismo estatal, enraizado na ideia de que cabe ao Estado-Juiz decidir sobre as violações da lei penal, para garantir o exercício do “jus puniendi” através da utilização de procedimentos únicos para uma variedade de condutas e bens jurídicos tutelados. Essa prática deve ceder espaço para as formas mais racionais que levem em conta a natureza do delito, os danos experimentados pelas vítimas das condutas lesivas, a garantia dos direitos do autor do fato delituoso, a menor onerosidade para a sociedade, dentre outros relevantes fatores. Dessa forma, o processo penal deve, continuamente, dar maior vazão a métodos que garantam uma maior participação dos envolvidos no procedimento criminal, como forma de legitimar e melhor resolver os problemas desta área tão sensível, com uma intervenção apropriada do Estado e uma satisfação efetiva às demandas sociais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo penal. Procedimento. Consenso. Diálogo. Linguagem.

## **ABSTRACT**

Conflict is inherent in social life. As a demonstration of force, power or dominance upon the other person, it has been shown that human relations are not immune to the daily life discord and tensions. It's impossible to solve all human questions through confrontation, due to the financial, emotional and vitality expenses that everyday issues impose. Thus, consensus emerges as a solution to be persecuted in society, as a more practical and effective way to solve those tensions. It should be highlighted that in a world focused on gain and success, characteristic traits inserted in our daily life by the capitalist ideology, talking about consensus may seem illogical. However, it must be pointed out that the development of the humanity only occurred because of communication, understanding and language. If on the one hand it can be affirmed that the society develops through the communicative process, the same can't be verified with the public law system, especially the criminal court, that has traditionally distanced itself from the dialogical procedure, embracing various monological moments. Dialogue, as a tool of modern civilization, must gain space in procedures in which it wasn't considered, so that it can no longer be embodied in juridical dogmas that are not supported by the present. For this reason, the public interest must be attended to with the society participation, directly and indirectly, for the purposes for which it is intended. Consensus must be progressively pursued to satisfy and legitimize both institutions' and individuals' choices. In criminal process, state paternalism, rooted in the idea that the State, through the judiciary, has to decide criminal law violations to guarantee the "jus puniendi" exercise with the use of unique procedures for a variety of conducts and legal assets. This practice should be replaced to more rational forms that take into account the nature of criminal offence, the damage suffered by the victims of harmful conduct, the author's right guarantee in criminal act, the lowest burden on society, among other relevant factors. In this way, criminal procedure must continuously give way to stimulate a greater participation of the citizens involved in the criminal procedure to legitimize and better address the problems of this sensitive area, with appropriate State intervention and effective satisfaction of social those.

**KEYWORDS:** Criminal Procedure. Procedure. Consensus. Dialogue. Language.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	– Ação Direta de Inconstitucionalidade
AMB	– Associação dos Magistrados Brasileiros
CADE	– Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CF	– Constituição Federal
CJF	– Conselho da Justiça Federal
CNJ	– Conselho Nacional de Justiça
CNMP	– Conselho Nacional do Ministério Público
CNV	– Comunicação não violenta
CP	– Código Penal
CPC	– Código de Processo Civil
CPP	– Código de Processo Penal
CPPM	– Código de Processo Penal Militar
HC	– Habeas Corpus
LICC	– Lei de Introdução ao Código Civil
LINDB	– Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MP	– Ministério Público
MVO	– Mediação Vítima-Ofensor
OAB	– Ordem dos Advogados do Brasil
RAD	– Resoluções Adequadas de Disputas
STF	– Supremo Tribunal Federal
STJ	– Superior Tribunal de Justiça
TJSE	– Tribunal de Justiça de Sergipe





## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>9</b>
<b>2</b>	<b>O CONSENSO EM UMA TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO NO PROCESSO PENAL</b>	<b>18</b>
2.1	A filosofia da linguagem e os atos de fala	20
2.2	O agir comunicativo e o agir estratégico	26
2.3	A ética do discurso	31
2.4	A teoria discursiva e seu desenvolvimento no direito	35
2.5	O discurso no processo penal	43
<b>3</b>	<b>CONSENSO E DEVIDO PROCESSO LEGAL: UMA QUEBRA DE PARADIGMAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL</b>	<b>48</b>
3.1	Uma análise do conceito de processo justo	50
3.2	O devido processo legal e a resolução adequada de disputas	55
3.3	Técnicas processuais comuns e atuais de “dizer o direito”: negociação, mediação, conciliação, arbitragem e ajuste de conduta	61
3.4	Técnicas processuais com relevância no processo penal: microssistema dos juizados especiais criminais, colaboração premiada (ou beneficiada), acordo de leniência, justiça restaurativa e constelação familiar	63
3.5	Teoria discursiva no processo penal: devido processo ético e dialogado	73
<b>4</b>	<b>DISCURSO E INTEGRIDADE NA APLICAÇÃO DEMOCRÁTICA DA LEI PENAL</b>	<b>77</b>
4.1	A integridade como instrumento de construção do discurso do direito	79
4.2	Democracia: a institucionalização de procedimentos discursivos como instrumento de legitimação do processo judicial	87
4.3	A crise do sistema penal: o paternalismo estatal e o aumento de demandas	94
4.4	Intervenção mínima no processo penal: o consenso como elemento primordial para a resolução das demandas criminais	99
4.5	Uma teoria discursiva para um processo penal íntegro e democrático	102
<b>5</b>	<b>CONCLUSÕES</b>	<b>107</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>110</b>
	<b>ANEXO A - PIRÂMIDE DOS LITÍGIOS E SUA RESOLUÇÃO</b>	<b>122</b>

## 1 INTRODUÇÃO

É imprescindível à vida em sociedade a observância de padrões de conduta, escritos ou costumeiros, codificados ou não. A convivência social só é possível com a distribuição de direitos e deveres, liberdades e restrições.

Desde a frase “A liberdade de cada um termina onde começa a liberdade do outro”, atribuída ao filósofo inglês Herbert Spencer<sup>1</sup>, às palavras do ex-Ministro da Suprema Corte dos Estados Unidos, Oliver Wendel Holmes Jr, de que “seu direito de movimentar o punho acaba onde começa meu nariz”<sup>2</sup>, as relações humanas não dispensam sistemas de controle, freios e contrapesos, capazes de propiciar a harmonia necessária a um mínimo de sobrevivência em sociedade.

Embates sempre surgem. Desde pendências frívolas e efêmeras, que não ultrapassam meros dissabores internos e psíquicos, até questões em que a autotutela não resolve e que demandam a participação de terceiros não interessados na obtenção de soluções, as relações humanas são muito amplas e complexas, e choques sempre ocorrem, porque, dentre outras causas, cada indivíduo busca para si a realização de seus desejos pelo que lhe faz bem. Se o direito de alguém termina onde começa o do outro, o limite nem sempre resta bem delimitado.

Surge assim a necessidade de se disciplinar estas relações, por vezes sobrepostas. Se no passado longínquo as tribos, castas, famílias e “polis” tinham suas próprias normas de conduta, o aparecimento do Estado, com a pretensão de regular todas as relações sociais e forte apego intervencionista, objetivando padronizar condutas, traz consigo a ideia do monopólio para submeter certas questões exclusivamente ao seu crivo, com distribuição de funções entre suas instituições, de onde ressalta a jurisdicional, que assume grande relevância para a resolução dos conflitos humanos.

Com o aparecimento da ideia da legalidade, o processo penal passa a trazer consigo uma carga muito visível deste intervencionismo, estabelecendo, por exemplo, a valoração probatória, retirando do julgador a possibilidade, dele mesmo, aferir sobre a qualidade da

---

1 FERRARI, Márcio. Herbert Spencer: O ideólogo da luta pela vida. **Nova Escola**, Ed. 0186, Especial Grandes Pensadores-Matéria 94622, outubro de 2008, São Paulo: Abril, 2008. Disponível em: [novaescola.org.br/conteudo/1685/herbert-spencer-o-ideologo-da-luta-pela-vida](http://novaescola.org.br/conteudo/1685/herbert-spencer-o-ideologo-da-luta-pela-vida). Acesso em: 23 ago. 2017.

2 No original: “*The right to swing my fist ends where the other man’s nose begins.*” (THE RIGHT TO SWING MY FIST ENDS WHERE THE OTHER MAN’S NOSE BEGINS *In*: QUORA. [S. l.: s. n.]. Disponível em: <https://www.quora.com/What-does-the-phrase-my-liberty-ends-where-yours-begins-mean/>. Acesso em: 23 ago. 2017.

mesma. Assim, a confissão, por exemplo, era considerada “rainha das provas”, em detrimento a palavra de testemunha, etiquetada como “prostituta das provas.”<sup>3</sup>

Se posteriormente, com o advento de uma perspectiva humanista e iluminista, esta tarifação probatória se esvaziou (muito embora ainda, para alguns, tem-se resquício deste período<sup>4</sup>), esta mudança pouco alterou um dos principais problemas: o processo apresenta, invariavelmente, uma dialética monológica e estática. As partes interagem formalmente, de forma pré-fixada, não possuindo, a rigor, nenhuma possibilidade de influenciar no entendimento do outro, dirigindo-se tão somente ao julgador do processo, afastando-se de uma poderosa arma social para a resolução de conflitos: o diálogo.

Isto pode ser explicado, de alguma forma, analisando-se brevemente o modo como a resolução dos conflitos em matéria penal se deu no curso da história: se nos primórdios, passado o período de total ausência de regulamentação formal, estas ações ilícitas eram resolvidas exclusivamente pelas vítimas, ou seus familiares, na aplicação das sanções, prestigiando-se a vingança privada (como na Lei de Talião e na Lei das XII Tábuas, por exemplo), passando-se num outro momento para a justiça privada, onde havia participação de membros da comunidade ou de autoridade pública para a aplicação das normas, formando o que se chama de protagonismo ou idade de ouro da vítima, posteriormente passa-se a um processo de neutralização da participação da vítima na aplicação da sanção, ficando o Estado com o monopólio do próprio direito.<sup>5</sup>

O Estado toma das partes (autor do fato e vítima, ou seus representantes) o poder de resolver seus conflitos na seara penal, assumindo o protagonismo na relação trilateral que se estabelece (ofendido/ofensor/Estado), tudo sob a justificativa de manter o controle social através do uso permitido da força estatal<sup>6</sup>, afastando, por conseguinte, a interação direta das partes na resolução do conflito criminal, para estabelecer sua exclusividade na decisão destas questões.

---

3 Beccaria, no capítulo XII de sua famosa obra “Dos delitos e das penas”, afirma que toda boa legislação de sua época procurava determinar exatamente o valor e a credibilidade das testemunhas e das provas do crime (BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução: José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 53).

4 Há diversos autores que afirmam a existência de tarifação de provas, por exemplo, no processo civil, muito embora se trate de uma análise sobre o Código de Processo Civil de 1973, mas em alguma medida ainda aplicável ao CPC de 2015 (ver VIEIRA, Márcio. Os resquícios da prova tarifada no processo civil brasileiro e sua influência no livre convencimento do Magistrado. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 17. n. 23. 2010, p. 388-391).

5 RODRIGUES, Roger de Melo. **A tutela da vítima no processo penal brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 31-37.

6 OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no processo penal: uma alternativa para a crise do processo criminal**. São Paulo: Almedina, 2015, p. 71.

Assim, cria-se uma premissa: a de que o ordenamento jurídico revela o exato e justo anseio da vontade social através da lei, dando por certo que a aplicação desta norma restabeleceria a ordem social, através de um modelo centralizado e burocrático que prestigie o formalismo, revelando-se na produção de decisões prolatadas por um setor especializado na estrutura estatal, a saber, o Poder Judiciário.

Entretanto, percebe-se que este clássico modelo de aplicação das normas penais restou demasiadamente defasado com o alvorecer, nos últimos anos, de uma sociedade imediatista, centrada em si mesma<sup>7</sup>, produto dos fenômenos da globalização e da revolução digital, o que demonstra uma constante incompatibilidade existente entre o modelo formal e burocrático e o anseio social pela celeridade e eficiência na resolução dos conflitos, tudo ampliado pelo crescimento exponencial das taxas de criminalidade, do medo e da sensação de que o modelo tradicional de justiça não resolve adequadamente os problemas criminais<sup>8</sup>, o que pode ser notado, inclusive em outros países.<sup>9</sup>

Se este modelo formal não consegue mais atender satisfatoriamente estas questões e dar a resposta adequada para a resolução da imensidão de conflitos na área penal, outros modelos – além desta estrutura meramente acusatória, calcada em investigação policial pré processual inquisitória, onde as partes se manifestam formal e isoladamente com o fito de convencer o órgão julgador de suas teses e argumentos, revelando uma dialética estática e monológica – devem ser pensados e estabelecidos.

Assim, as denominadas RAD's (Resoluções Adequadas de Disputas), já amplamente difundidas por outros ramos do direito, são cada vez mais utilizadas em áreas do direito público onde, até então, sua prática era impensável.

No direito administrativo, por exemplo, como corolário do Estado Democrático de Direito estampado no art. 1º da Constituição Federal, atendendo a uma necessidade de que o espaço público seja, cada vez mais, um local para o estabelecimento de diálogo franco e aberto entre governo e cidadãos, a própria noção da supremacia do poder público, que outrora impossibilitava a utilização de expedientes de outras áreas do direito, como a mediação e

7 CARVALHO, Luzia Alves de. A condição humana em tempo de globalização: a busca do sentido da vida. **Revista Visões FSMA**, Macaé, 4. ed. n. 4, v.1, Jan/Jun 2008, p. 8. A autora apresenta uma fantástica citação da obra “Os tempos hipermodernos”, de Gilles Lipovetsky: “A busca dos gozos privados suplantou a exigência de ostentação e de reconhecimento social: a época contemporânea vê afirmar-se um luxo de tipo inédito, um luxo emocional, experimental, psicologizado, substituindo a primazia da teatralidade social pela das sensações íntimas.”

8 OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no processo penal**: uma alternativa para a crise do processo criminal. São Paulo: Almedina, 2015, p. 71.

9 Sobre isto, Jorge de Figueiredo Dias chega à seguinte conclusão: “o povo português perdeu a confiança no seu sistema da justiça, em particular da justiça criminal, e este tem-se revelado incapaz de estabilizar as expectativas comunitárias na sua correcção [sic] e funcionalidade.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal**. Porto: Conselho Distrital do Porto. Coleção Virar de página, 2011, p. 13).

arbitragem, p.ex., vem sendo modernamente interpretada como uma virtuosa relação de ponderação entre as razões do Estado e os interesses de seus governados<sup>10</sup>, surgindo noções como “poder-dever de transacionar”<sup>11</sup> e “flexibilização responsável”<sup>12</sup>, até então impensável no campo do direito administrativo.

Do mesmo modo, o direito processual penal vem sofrendo uma série de transformações para solucionar casos que o modelo tradicional não resolve a contento, afastando, em certas situações, a imposição de um processo lento e penoso<sup>13</sup>, possibilitando às partes, na observância de seus interesses, a aplicação imediata de condições que, devidamente cumpridas pelo autor do fato, levam à extinção da ação penal.

Assim, já na redação original da CF (Constituição Federal) há a previsão da aplicação de outros procedimentos para a resolução de conflitos penais, pois ao estabelecer os juizados especiais asseverou que os mesmos têm competência para a “conciliação, o julgamento e a execução de [...] infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação [...]”<sup>14</sup>

Se o sistema processual penal brasileiro é marcado, em regra, por um modelo basicamente acusatório<sup>15</sup>, notadamente adversarial, tal modelo não afasta, nem deve afastar, o consenso como ferramenta poderosa na resolução de determinados conflitos criminais, propiciando que acordos sejam utilizados, em detrimento do conflito clássico-dialético-monológico que se estabelece entre uma formal acusação e defesa.

Ou seja, ainda que adversarial, o processo penal deve abrir espaços para, na medida do possível, a implementação de estruturas que possibilitem a utilização do consenso como forma de se conceder uma eficiência funcionalmente orientada ao sistema penal, aliviando a

10 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003, p. 141-142.

11 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. **A administração pública consensual na modernidade líquida**. Belo Horizonte: Fórum Administrativo. Ano 14, n. 155, 2014, p. 35. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/09/Administra-Publica-consensual-na-modernidade-liquida-Editora-Forum.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2017.

12 BATISTA JÚNIOR, 2014, p. 37.

13 Basicamente, o sistema penal, além de se encontrar abarrotado, não recupera o infrator, não proporciona prevenção geral e especial, não protege eficientemente os direitos e garantias das partes envolvidas, notadamente do acusado e principalmente da vítima, o que atinge a celeridade e efetividade da justiça, levando a um sentimento generalizado na sociedade de que a justiça penal passa por grave crise (OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no processo penal: uma alternativa para a crise do processo criminal**. São Paulo: Almedina, 2015, p. 11).

14 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Art. 98, I, CF.

15 Por processo penal acusatório se entende como aquele em que um tribunal só se pronuncia sobre uma acusação que lhe é dirigida por uma entidade orgânica e funcionalmente distinta, não inquisitória, do órgão julgador e com participação constitutiva e efetiva desta acusação e da defesa na declaração do direito do caso (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal**. Porto: Conselho Distrital do Porto. Coleção Virar de página, 2011, p. 16).

sobrecarga deste sem desobedecer aos princípios constitucionais tão caros ao Estado Democrático de Direito.<sup>16</sup>

O diálogo se revela, dentro do direito portanto, em elemento poderoso e fundamental para a resolução dos conflitos que o clássico modelo penal não consegue resolver adequadamente, seja pela frustração social (quando o crime não recebeu a devida – leia-se, justa dentro do procedimento adequado – punição), seja pela deficiente reparação à vítima (que não raras vezes, dentro deste modelo clássico, sofre, além de prejuízos materiais, a denominada “vitimização secundária”<sup>17</sup>), seja ainda pela falta de espaço destinada ao acusado (que se vê impotente em um modelo onde só participa diretamente de sua defesa, na maioria das vezes, na ocasião do interrogatório, atuando, de forma coadjuvante, em outros eventos processuais através de seu advogado ou defensor).

O processo penal, assim, precisa se adequar a esta necessidade humana da busca pelo entendimento, retirando do Estado o monopólio da resolução de conflitos neste campo, abrindo espaço para procedimentos mais eficazes e céleres. O objetivo desta dissertação é analisar estas necessidades, oportunidades e potencialidades para o consenso, que são de todos, desde a própria sociedade até o Poder Judiciário, buscando referenciais teóricos dentro do direito e em outras áreas do conhecimento humano, notadamente na filosofia, para justificar a busca por métodos consensuais direcionados à resolução de conflitos criminais.

Neste contexto, busca-se inicialmente uma análise da denominada filosofia da linguagem, ramo filosófico que ganhou extrema importância no início do século XX, ao colocar a comunicação como elemento vital para a obtenção do conhecimento humano e do seu entendimento. Abandonando uma perspectiva binária entre mente e corpo, metafísica, de que existe algo de oculto por trás da ação humana, a filosofia da linguagem vai investigar a relação entre significado e verdade, centrando-se na tarefa de analisar o significado da própria linguagem, esclarecendo as ideias e os pensamentos humanos.<sup>18</sup>

Como desdobramento da filosofia da linguagem, aliado ainda aos chamados atos de fala, na perspectiva traçada por John Austin, surge a Teoria do Agir Comunicativo,

16 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal**. Porto: Conselho distrital do Porto. Coleção Virar de página, 2011, p. 16.

17 Diz-se vitimização secundária quando o Estado, no afã de exercer o seu *ius puniendi*, acaba por, no curso do processo, causar mais desconforto à vítima, através de uma “violência institucional do sistema processual penal”, fazendo a vítima reviver, ao relatar o fato ocorrido no curso do processo, toda a sensação de impotência, desamparo e frustração, ocorrido no momento do crime e novamente remontado na instrução criminal (BITENCOURT, Luciane Potter. **A vitimização secundária de crianças e adolescentes e a violência sexual intrafamiliar**. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007, p. 12. Disponível em: [repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/1713/1/000396637-Texto%2bParcial-0.pdf](https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/1713/1/000396637-Texto%2bParcial-0.pdf). Acesso em: 30 maio 2018).

18 RUDÁ, Antônio Sólon. **Teoria significativa da imputação: um novo conceito para o dolo e a imprudência sob a filosofia da linguagem**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2018, p. 119.

desenvolvida por Jürgen Habermas, que se debruça sobre a relação existente entre linguagem e pensamento, no fazer por palavras. E se há possibilidade de agir pela fala, as palavras podem ser analisadas sob o ponto de vista ético, uma vez que a Ética é a ciência, ou a filosofia, da conduta humana.<sup>19</sup>

Partindo desta premissa, e buscando o princípio da universalização desenvolvido por Immanuel Kant, Habermas desenvolve, como decorrência de seu agir comunicativo, a Ética do Discurso, traçando as vigas mestras da argumentação ideal, com a participação de todos os atingidos pelas normas de ação, dentro de um discurso prático geral, que apontaria respostas semelhantes a casos análogos, o que contribuiu profundamente para o desenvolvimento de uma visão mais coletiva do discurso.

O discurso jurídico, outrora hermético e possuidor de suas próprias ritualísticas, também é influenciado por estas ideias e ganha novos ares. Se até se constituía por métodos clássicos, como a oratória, a eloquência, a lógica e a retórica, que proporcionavam fama e notoriedade a quem dominasse estes elementos, a partir deste novo panorama não se apresenta mais apenas pela mera habilidade individual, mas se complementa pela capacidade de se construir os fundamentos racionais pelo diálogo e pela comunicação, com objetivo de se entender e se fazer entender.

A teoria discursiva do direito, neste contexto, surge pelas mãos de importantes teóricos que vão se debruçar sobre a apresentação de soluções racionais a casos que escapem da previsibilidade da norma. Reconhecendo que as normas legais não conseguem prever todas as soluções para o universo de relações ocorridas na sociedade de hoje, mas ao mesmo tempo afastando o utilitarismo e o casuísmo, a argumentação jurídica se volta a construir padrões de resposta que proporcionem uma interpretação mais adequada do direito, levando em conta o equilíbrio entre a segurança jurídica e a justiça, sempre observando a correção fática e normativa da decisão e o respeito aos direitos fundamentais envolvidos.

Ainda, esta concepção do argumento resultará em influência nas decisões judiciais, especialmente aliado ao conceito de integridade do direito, consagrado sob a pena de Ronald Dworkin, que fundindo concepções convencionalistas e pragmatistas, apresenta um direito que observa decisões anteriormente proferidas, mas que se atente aos efeitos a serem obtidos no caso concreto. A participação das partes através de um contexto democrático, neste contexto, reforçará a integridade do direito, seja pelo respeito aos precedentes judiciais, seja atendendo às necessidades observadas especificamente.

---

19 ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução: Alfredo Bosi *et alli*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 380.



A definição destes parâmetros a cada situação jurídica, com respeito às regras postas, deve levar à busca de formas efetivas e justas para a resolução dos conflitos, sem que isto proporcione violação à ideia fundamental do devido processo legal, expressão que consagra a garantia de que qualquer tipo de sanção, especialmente as de natureza criminal, só pode ser aplicada após o trâmite regular, justo, devido e preestabelecido do procedimento aplicado, o que não afasta a possibilidade de se estabelecerem negócios processuais legalmente previstos e amplamente controlados, privilegiando os interesses envolvidos, sem afetar a mencionada cláusula geral.

Partindo destas premissas, a presente dissertação se põe a analisar a ascensão desta dimensão dialógica no sistema do processual penal como forma de resolver a progressão numérica das demandas criminais, o que vem causando sensível perda da qualidade das soluções, inserindo, deste modo, modelos processuais mais adequados para a resolução destas demandas, acarretando em aumento da eficiência do Estado na pacificação social. Para isto, uma análise prévia da filosofia da linguagem, da ética do discurso e da teoria discursiva é crucial para o desenvolvimento do tema sobre uma perspectiva teórica e prática.

O segundo capítulo apresenta uma análise sobre a filosofia da linguagem, desde concepções clássicas, passando pelas ideias de Ludwig Wittgenstein (especificamente os chamados primeiro e segundo Wittgenstein), pela teoria dos atos de fala, como concebida por John Austin, chegando ao agir comunicativo e o caráter ético imiscuído na fala com a Ética do Discurso, desenvolvida por Jünger Habermas e Karl Apel, investigando a influência destes elementos para o desenvolvimento de uma moderna teoria discursiva aplicável ao sistema jurídico, sobretudo no processo penal.

No terceiro capítulo, analisa-se o devido processo legal e seus desdobramentos, fundamentando uma teoria discursiva aplicável ao processo penal que se pautar por um conteúdo ético. Para tanto, debruça-se sobre procedimentos já existentes no Brasil, verificando contextos em que mais ocorrem ações comunicativas e estratégicas, com o objetivo de desenvolver procedimentos capazes de proporcionar aos envolvidos/atingidos maior participação na resolução das questões criminais. Institutos previstos no microsistema dos Juizados Especiais Criminais, a colaboração beneficiada, a justiça restaurativa, a constelação familiar, os acordos de não-persecução penal, por exemplo, são elementos indispensáveis ao estabelecimento de uma teoria discursiva no contexto do processo penal que se pautar pela ética, pela correção fáctica e normativa, sempre respeitando a cláusula geral do devido processo legal.

No capítulo quarto, o enfoque se dará sobre as relações entre o discurso e a integridade na aplicação da lei, inserindo a participação democrática como elemento fundamental na

formação das decisões no contexto da justiça penal, seja como medida legitimadora do procedimento aplicado, seja como justificção legal, ética e eficaz para a imposição de pena, demonstrando, através de análise quantitativa sobre dados e números sobre a justiça criminal no Brasil, que a adequação de procedimentos à natureza dos delitos e às realidades em que ocorrem é uma necessidade premente do sistema penal.

Ao fim, apresentar-se-ão as conclusões, para justificar a utilização de métodos adequados para a resolução de cada tipo de problema na seara criminal, demonstrando que os procedimentos tradicionais devem continuar a cumprir o seu papel, ao lado de novas formas mais eficientes, econômicas e justas para a resolução de conflitos, privilegiando meios mais céleres, informais e dialógicos, que legitimem ainda mais a aplicação da sanção penal, com respeito aos direitos fundamentais e através da participação efetiva das partes envolvidas.

Através de pesquisa bibliográfica, com referências principais retiradas de obras teórico-filosóficas brasileiras e estrangeiras sobre os temas aqui apontados, como também dissertações e teses nas áreas observadas, apresentamos um estudo sobre os institutos que fundamentam a abordagem aqui proposta, dentro de uma metodologia dedutiva, através de reflexão sobre premissas conhecidas e apresentação de conclusões.

“O mundo da linguagem sem o mundo da prática é um mundo vazio.”  
(MOTTA, Joaquim Cezar (KIM). *In*: Banda Catedral: **Aos ouvidos dos sensíveis de coração**. Rio de Janeiro: Pioneira evangélica, 1989; Lado B, faixa 5: Mundo vazio).

## 2 O CONSENSO EM UMA TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO NO PROCESSO PENAL

O processo penal, como adiante se demonstrará, é um instrumento de concretização da democracia, na medida em que surge para garantir não só a efetividade do direito penal material, quando violado por condutas proibidas pela norma, mas também por se revelar, classicamente, como meio necessário para resguardar os direitos do sujeito acusado pelo descumprimento da lei, satisfazendo os direitos fundamentais dos indivíduos contra o puro arbítrio estatal. Mais do que um mero meio ou instrumento, o processo é o próprio ser do Direito na medida em que, mais do que capricho ou formalismo, o processo denota um conjunto de garantias contra subjetivismos dos responsáveis por decidir as demandas judiciais.<sup>20</sup>

Assim, direito material e processual possuem, na atualidade, uma relação integrativa, orgânica e substancial, abandonando o caráter meramente instrumental do processo, de meio e fim. O Direito, portanto, alcança modernamente um significado mais amplo, ao se assentar na ideia de que sua validade se fundamenta, inclusive, pelo respeito ao processo de produção deste Direito, atendidas regras cogentes e prévias, afastando o arbítrio do Estado e do julgador, tudo com respeito aos caros princípios fundamentais catalogados na Constituição Federal.<sup>21</sup>

No âmbito do processo penal, principalmente, onde o que está em jogo diuturnamente é “um dos dons mais preciosos, que aos homens deram os céus”<sup>22</sup>, o cuidado com os interesses postos deve ganhar amplitude, uma vez que as consequências na aplicação da lei penal possuem maior gravidade e merecem maior atenção na avaliação, apuração e imposição das sanções previstas na norma penal.

Até por esta seriedade que orbita o processo penal, Francesco Carnelutti já afirmava que o “nosso comportamento diante dos condenados é a indicação mais segura da nossa

---

20 PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 69.

21 PASSOS, 2000, p. 68-69.

22 Esta alusão à libeuttidade é uma das grandes passagens de Miguel de Cervantes que, através de seu Dom Quixote, complementa: “[...] não se lhe podem igualar os tesouros que há na terra, nem os que o mar encobre; pela liberdade, da mesma forma que pela honra, se deve arriscar a vida e, pelo contrário, o cativo é o maior mal que pode acudir aos homens.” (CERVANTES [Saavedra], Miguel de. **Dom Quixote de la Mancha**. Tradução: Francisco Lopes de Azevedo Velho de Fonseca Barbosa Pinheiro Pereira e Sá Coelho e Antônio Feliciano de Castilho, v. II. eBooksBrasil, 2005, p. 242).

civilidade.”<sup>23</sup> Ou seja, zelar pelo processo penal é cuidar de bens jurídicos caros ao Estado Democrático de Direito e garantir direitos fundamentais dos indivíduos.

Entretanto, observar preceitos atinentes à aplicação da mais severa sanção prevista no ordenamento jurídico brasileiro, a saber, a restrição da liberdade através da imposição do preceito secundário da norma penal, não significa dizer, em hipótese nenhuma, que a mesma deve ser sempre determinada unilateralmente pelo Estado, através de terceiro juridicamente desinteressado, em uma dinâmica processual voltada a monólogos e a interesses unilaterais, quicá egoísticos, que, eventualmente, possam mover as partes a tomarem determinadas atitudes.

Assim, as pessoas envolvidas em uma questão criminal devem ser estimuladas a, dentro de suas possibilidades e interesses, buscarem se entender, para legitimar, inclusive, a própria aplicação da sanção penal. Para tanto, o sistema jurídico deve possibilitar que o órgão da acusação (papel majoritariamente exercido pelo Ministério Público) e o réu (através de advogado ou defensor público) possam, dentro de hipóteses adequadas, negociar sobre a melhor forma de encerrar, a contento, uma determinada demanda criminal.

Se o consenso é elemento crucial para a resolução dos problemas da vida, na seara criminal não há de ser diferente. Por sua vez, sabe-se que o processo penal sempre se pautou pela intervenção estatal para resolução de problemas. Esta visão causou, e causa, uma série de inconvenientes para o Estado e para a sociedade. Rever tal posição é imprescindível para uma qualitativa resposta às demandas no campo penal.

Entretanto, o caminho teórico a ser percorrido deve ter em conta esta realidade fática: a necessidade da participação mais efetiva dos envolvidos/atingidos<sup>24</sup>, no processo criminal, para a resolução dos conflitos, através do entendimento mútuo. Assim, há uma premente necessidade, no processo penal brasileiro, de se buscar teorias que fortaleçam a comunicação como ferramentas hábeis à apresentação de respostas céleres e adequadas para as questões criminais.

A presente dissertação busca inicialmente, na filosofia da linguagem, a mudança no processo de percepção do mundo (em contraponto à denominada filosofia do conhecimento),

---

23 O insígne processualista italiano, nesta magistral obra, chega à conclusão de que a forma como uma determinada sociedade trata o processo penal é um fator relevante para determinar a civilidade deste povo. (CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2013, p. 39)

24 Ao elaborar sua teoria do Discurso, Habermas chama os sujeitos participantes o fenômeno de “atingidos” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 142). Entretanto, parece que, em português, a expressão “atingido” se liga à ideia de vítima ou aqueles que estão em seu entorno. Para efeitos da presente dissertação, utilizar-se-á “envolvidos/atingidos” para designar todos aqueles que, direta ou indiretamente, tenham interesse, não somente processual, em participar da construção do diálogo e consequentemente da decisão a ser aplicada.

que desencadeia todo o movimento que busca na comunicação e na palavra mecanismos elementos essenciais à resolução dos problemas. E mais do que isto, investiga a palavra como elemento poderoso, não só para entender e se fazer entender no processo comunicativo, mas como modo de realizar ações pela fala.

Neste capítulo, apresenta-se o agir comunicativo, na perspectiva de Jürgen Habermas, como marco teórico para a análise de duas teorias que serão essenciais para o desenvolvimento desta dissertação: a ética do discurso e a teoria discursiva do direito, indicando seus importantes teóricos e a base de seus estudos.

## 2.1 A filosofia da linguagem e os atos de fala

“Que há num simples nome? O que chamamos rosa, sob uma outra designação teria igual perfume”<sup>25</sup>. Com esta frase, William Shakespeare suscita um grande debate existente desde os primórdios da história: por que as coisas têm os nomes que possuem? Os nomes atribuídos aos seres e objetos existentes são meras convenções humanas ou são inerentes a eles?

Em um dos primeiros eventos relatados pela Bíblia, no livro de Gênesis, há a descrição de que “Havendo, pois, o Senhor Deus formado da terra todo o animal do campo, e toda a ave dos céus, os trouxe a Adão, para este ver como lhes chamaria; e tudo o que Adão chamou a toda a alma vivente, isso foi o seu nome.”<sup>26</sup>

Em tal concepção, o que se entende é que as coisas possuem seu nome desde que existem, privilegiando um conteúdo inerente dos nomes às coisas que, para o cristianismo, por exemplo, foram dados por Adão. Por outro lado, há a defesa de que os nomes são meramente rótulos, aderindo ao pronunciamento do mestre da literatura inglesa através de sua Julieta.

Platão se debruçou sobre este assunto. Em “Crátilo”<sup>27</sup>, o filósofo grego descreve uma discussão entre dois personagens: Crátilo e Hermógenes. O primeiro acredita que cada coisa tem o nome apropriado, e conhecer um nome é conhecer o significado da coisa.

25 No original: “*What's in a name? That which we call a rose By any other name would smell as sweet.*” (SHAKESPEARE, William. **The tragedy of Romeo and Juliet**. Edição de Barbara A. Mowat e Paul Werstine. Londres. Folger Shakespeare, 2014. Act 2, scene 2, page 2. Disponível em: [https://drive.google.com/file/d/0B\\_5n0BhMI\\_wiV2INb2ZISUp6VG8/edit](https://drive.google.com/file/d/0B_5n0BhMI_wiV2INb2ZISUp6VG8/edit). Acesso em: 06 jun. 2017).

26 Gênesis. Português. In: Bíblia sagrada. Gênesis 2:19.

27 O texto é riquíssimo, e faz menção a outro grande pensador Grego: Sócrates, que, inclusive, seria o destinatário das teses na alegoria. (PLATÃO. **Diálogos**: Teeteto e Crátilo. Tradução: Carlos Alberto Nunes. Belém: Universidade Federal do Pará, 1988. Disponível em: [https://mega.nz/#!XppSibYA!wDHAYtT7iKsSINydcFU5K\\_B0pGzkArkMmNtwga402k](https://mega.nz/#!XppSibYA!wDHAYtT7iKsSINydcFU5K_B0pGzkArkMmNtwga402k). Acesso em: 27 abr. 2018).

Hermógenes<sup>28</sup>, ao contrário, pensa que os nomes são apenas rótulos, convenções humanas, utilizadas para dar conhecimento das coisas.<sup>29</sup>

Platão, através de Sócrates, utilizado no texto também como um personagem, chega a uma conclusão intermediária: admite um certo grau de convencionalismo na linguagem, uma vez que a mesma coisa possui, por exemplo, diferentes designações em línguas distintas, mas rechaça que as coisas possam ter seus nomes alterados por pura arbitrariedade do indivíduo, sob pena de se tornar a linguagem impossível.<sup>30</sup>

As palavras se apresentam, deste modo, como elementos necessários à identificação, em instrumento para ordenar as coisas. Um modo para que os seres humanos entendam e se façam entendidos sobre o conteúdo da fala, sobre o que se fala. Não se trata de um padrão imutável, mas de um conteúdo mínimo, sem o qual os indivíduos não podem se entender.

Até então, visualizava-se a linguagem como mero meio de comunicação, sem qualquer dimensão além da função estática da palavra: a de nominar as coisas, como código necessário ao estabelecimento de contatos linguísticos entre os interlocutores.

A par desta discussão milenar entre os denominados convencionalistas e naturalistas, no início do século XX surge uma nova concepção da denominada filosofia da linguagem, responsável por uma verdadeira virada neste ramo do conhecimento, tendo por pioneiro Ludwig Wittgenstein, filósofo austríaco que colocou a linguagem no centro das discussões, afastando a mesma como um mero meio para rotular as coisas ou transmitir pensamentos.

Em sua obra “*Tractatus Logico-Philosophicus*”, Wittgenstein propõe que as coisas fossem vistas e relacionadas a outras coisas, abandonando a abordagem isolada delas. Chega a dizer que, da mesma forma que as coisas espaciais não podem ser pensadas fora do espaço, e as temporais fora do tempo, “não podemos pensar nenhum objeto fora da possibilidade de sua ligação com outros.”<sup>31</sup>

Wittgenstein aqui defende que as palavras sempre dependem de complemento, são sempre subordinadas.<sup>32</sup> Ainda que elas possam ser isoladamente consideradas, essa forma de

28 A discussão se dá porque, para Crátilo, Hermógenes não deveria se chamar assim, uma vez que seu nome significa “filho de Hermes”, poderoso deus da mitologia grega, responsável pela comunicação entre deuses e mortais. Por passar por dificuldades financeiras, Hermógenes não poderia ter este nome, ao não ser que se fosse uma pessoa próspera e rica.

29 PIQUÉ, Jorge Ferro. Linguagem e realidade: uma análise de Crátilo de Platão. **Letras**, Curitiba, n. 46, p.171-182. 1996, p. 171-173. (Editora da UFPR) Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/letras/article/viewFile/19050/12355>. Acesso em: 10 jul. 2017.

30 PIQUÉ, 1996, p. 180.

31 WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Tradução: José Arthur Giannotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional. (Biblioteca Universitária. Série 1ª Filosofia), v. 10, 1968, p. 55-56.

32 Utilizou-se aqui o termo “subordinado” em contraposição à expressão “coordenado”, dentro do estudo da linguística. A diferença neste ramo do conhecimento reside no fato de que orações coordenadas são aquelas em que, muito embora estejam unidas em um mesmo período (v.g., duas ou mais orações), não desempenham

autonomia “é uma forma de conexão com o estado de coisas, uma forma de heteronomia”<sup>33</sup>. Assim, apresenta um contraponto ao pensamento dominante até então de que o mundo fosse uma mera junção de elementos que poderiam ser pensados e explicados de forma independente uma das outras.

Para Wittgenstein, esta ideia majoritária não se demonstraria incorreta, mas incompleta, na medida em que não conseguiria explicar a relação entre as coisas postas no mundo. Uma palavra, para ser considerada verdadeira ou falsa, não pode ser assim tida isoladamente: deve ser analisada com outros elementos pertencentes ao mundo, em uma frase ou um contexto<sup>34</sup>. Para que um objeto tenha significado, arremata: “Se posso pensar o objeto ligando-o ao estado de coisas, não posso pensá-lo fora da possibilidade dessa ligação.”<sup>35</sup>

Tal pensamento reverberou profundamente na filosofia, na medida em que se passou a propô-la como atividade, e não como ciência da natureza ou teoria, e que se preocupasse tão somente com o esclarecimento lógico dos pensamentos, através da linguagem clara.<sup>36</sup> Chegou a afirmar que uma obra filosófica consiste essencialmente em comentários<sup>37</sup>, negando o caráter científico da filosofia.

Contudo, Wittgenstein caiu em uma contradição invencível ao criticar a filosofia metafísica através da própria metafísica, com proposições gerais e com a pretensão de demonstrar os elementos em sua totalidade.<sup>38</sup> Por isto, anos mais tarde apresentou o que se costuma denominar de “segundo Wittgenstein”<sup>39</sup>, através de suas “Investigações filosóficas”, obra na qual ele desenvolve uma filosofia da linguagem pragmática<sup>40</sup>, em detrimento da

---

função sintática umas em relação às outras. Orações subordinadas, em seu turno, são aquelas que denotam relação de dependência umas com as outras, seja como argumento ou como adjunto (KOCH, Ingedore G. V. A articulação entre orações no texto. **Cadernos de estudos linguísticos**, Campinas, v. 28, 1995, p. 9. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cel/article/view/8636691/4410>. Acesso em: 29 out. 2017).

33 WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Tradução: José Arthur Giannotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional. (Biblioteca Universitária. Série 1ª Filosofia), v. 10, 1968, p. 56.

34 WITTGENSTEIN, 1968, p. 55-56.

35 WITTGENSTEIN, 1968, p. 56.

36 WITTGENSTEIN, 1968, p. 76.

37 Negou, com isso, o caráter científico da filosofia, na medida em que, segundo Abbagnano, a opinião é o oposto da ciência, por ser aquela caracterizada pela “falta de garantia acerca de sua validade” (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução: Alfredo Bosi *et alli*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 136). Consideram-se, aqui, as expressões “opinião” e “comentário” como sinônimas.

38 Até neste “equivoco”, Wittgenstein demonstrou sua genialidade. Na tentativa de justificar sua contradição, lançou mão da figura da escada jogada fora após a escalada. Ou seja, o que era utilizado de metafísico em sua teoria só serviria para ser abandonado depois de utilizado (WITTGENSTEIN, 1968, p. 129).

39 As duas fases de Wittgenstein são conhecidas como “Primeiro Wittgenstein” e “Segundo Wittgenstein”. Utilizam-se estas designações para se referir aos dois momentos do filósofo Austríaco.

40 A pragmática é “o domínio da variação e da heterogeneidade, devido à diversidade do uso e à multiplicidade de contextos.” (SOUZA FILHO, Danilo Marcondes de. A teoria dos atos de fala como concepção pragmática de linguagem. **Filosofia Unisinos**, São Leopoldo, set./dez. 2006, p. 219. Disponível em: [revistas.unisinos.br/index.php/filosofia/article/view/6101/3277](https://revistas.unisinos.br/index.php/filosofia/article/view/6101/3277). Acesso em: 11 jul. 2017).



semântica.<sup>41</sup> Ou seja, mais do que o significado estabelecido pelas palavras no dicionário, a linguagem adquire vida própria e independente dentro de contextos diferentes.

Nesta nova fase, Wittgenstein procura um conceito de significado (ou uma significação de conceito), esbarrando na concepção traçada por Santo Agostinho. Não a toa, abre a primeira parte de suas “Investigações” citando o capítulo VIII do livro Primeiro de “Confissões”, onde o bispo de Hipona descreve a sua experiência, quando criança, no processo de alfabetização e aprendizado, aliando sons, objetos, gestos, desejos e signos.<sup>42</sup>

Santo Agostinho, para Wittgenstein, limitava-se a distinguir as palavras por seus significados, o que levou o filósofo austríaco a afirmar: “Nesta imagem da linguagem encontramos as raízes da idéia: cada palavra tem uma significação. Esta significação é agregada à palavra. É o objeto que a palavra substitui.”<sup>43</sup> Wittgenstein não se opunha à teoria gramatical do teólogo da Numídia, mas se contrapunha à maneira de ensinar, ao que chamou de “denominações de objetos”, mero estabelecimento de nomes e significados a coisas ou objetos, pois a linguagem não se tratava apenas de nominar, mas a uma preparação para o uso da palavra.<sup>44</sup>

Partindo deste raciocínio, as palavras, uma vez criadas e utilizadas para nomear coisas e objetos, deixam de meramente denominar e passam a significar, adquirindo importância a partir de um determinado contexto. Surge então o conceito de “jogos de linguagem”<sup>45</sup>, que são as “combinações de palavras, atos, atitudes e formas de comportamento que compõem o momento da significação. [...] compreende o processo de uso da linguagem em sua totalidade.”<sup>46</sup>

Desta forma, abandona-se a concepção Agostiniana, incompleta por simples e limitadamente nomear os objetos do mundo, e passa-se a buscar a essência das palavras e a

---

41 Semântica é o “[...] estudo do significado dos signos linguísticos, de seu modo de relação com os objetos a que se referem e do valor de verdade das sentenças em que se articulam e que se referem a fatos na realidade; diz respeito, portanto, ao conteúdo significativo dos signos.” (SOUZA FILHO, Danilo Marcondes de. A teoria dos atos de fala como concepção pragmática de linguagem. **Filosofia Unisinos**, São Leopoldo, set./dez. 2006, p. 218. Disponível em: [revistas.unisinos.br/index.php/filosofia/article/view/6101/3277](http://revistas.unisinos.br/index.php/filosofia/article/view/6101/3277). Acesso em: 11 jul. 2017).

42 WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução: José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural. 1999, p. 27.

43 WITTGENSTEIN, 1999, p. 27.

44 WITTGENSTEIN, 1999, p. 36.

45 No Segundo Wittgenstein há uma relação entre a linguagem com o jogo e a família. Ao falar sobre o que venha a ser “jogos de linguagem”, lança mão de três sentidos: um aspecto primitivo, de dar nome às coisas com o uso da palavra; o processo de denominação das coisas e da repetição da palavra pronunciada; e o conjunto da linguagem e das atividades interligadas (WITTGENSTEIN, 1999, p. 30).

46 GRACIOSO, Luciana de Souza. Considerações sobre filosofia da linguagem e ciência da informação: jogos de linguagem e ação comunicativa no contexto das ações de informação em tecnologias virtuais. In: ENCONTRO ENANCIB, 10., 2009, João Pessoa. **Anais [...]**. João Pessoa: ANCIB, 25 a 28 de out. de 2009, p. 5.

entender a linguagem como um processo dinâmico, resultado da prática social determinada pela cultura e história, valorizando o significado de cada palavra em cada contexto.

Logo no início de “Investigações”, Wittgenstein rompe com um dos principais postulados de seu “*Tractatus*”, onde dizia que “o mundo é a totalidade dos fatos, e não das coisas”<sup>47</sup>. No parágrafo três (§ 3), afirma:

É como se alguém explicasse: ‘Jogar consiste em empurrar coisas, segundo certas regras, numa superfície...’ - e nós lhe respondêssemos: ‘Você parece pensar nos jogos de tabuleiros, mas nem todos os jogos são assim. Você pode retificar sua explicação, limitando-a expressamente a esses jogos’.<sup>48</sup>

Ou seja, se no primeiro Wittgenstein a comunicação tem uma pretensão universal<sup>49</sup>, com uma ligação rígida entre a linguagem e o mundo, no segundo Wittgenstein o sistema de comunicação<sup>50</sup> se volta a um determinado domínio, específico e circunscrito<sup>51</sup>, abandonando a ideia de unidade para trabalhar com os infinitos jogos de linguagem – práticas utilizadas cotidianamente pelas pessoas, onde o significado nasce da ação e do contexto.<sup>52</sup>

Não mais visto como um elemento natural, estático, mas fruto da liberdade humana e da sua capacidade de produção, estes jogos, no caso a linguagem, vincular-se-iam a regras comuns a todos os jogos, como verdadeiros “indicadores de direção”.<sup>53</sup>

O jogo da linguagem se revela, neste indicador de direção, em produto do consenso entre os participantes, na medida em que eles mesmos elaboram as regras a serem seguidas, bem como criam mudanças, sendo cada “jogador”, ao mesmo tempo, inventor e usuário da linguagem estabelecida.

Nesta lógica, Wittgenstein rompe totalmente com a metafísica, ao estabelecer que as coisas não possuem essência ou substância: elas tem o sentido que as pessoas estão acostumadas a usar.<sup>54</sup> Assim, a linguagem se denotaria em um conjunto de regras sociais voltadas ao serviço daqueles que a empregam<sup>55</sup>, acolhendo mais a um aspecto pragmático que semântico.<sup>56</sup>

---

47 WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Tradução: José Arthur Giannotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional. (Biblioteca Universitária. Série 1ª Filosofia), v. 10, 1968, p. 55.

48 WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução: José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 28.

49 Uma vez que o mundo se prende não a objetos, mas a fatos. Fatos seriam a apresentação e configuração lógica destes objetos.

50 Expressão trazida em seu “Investigações”, no § 3.

51 RUDÁ, Antônio Sólon. **Teoria significativa da imputação**: Um novo conceito para o dolo e a imprudência sob a filosofia da linguagem. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2018, p. 119.

52 RUDÁ, 2018, p. 120.

53 WITTGENSTEIN, 1999, p. 59.

54 WITTGENSTEIN, 1999, p. 66.

55 Há de se salientar que este “giro pragmático”, no campo lingüístico, possui importância no processo penal na atualidade, já que entender e se fazer entender é o sentido primário da linguagem. Aos poucos, a

Esta concepção abriu flanco para uma noção mais abrangente ainda da linguagem: a de que é possível agir através da palavra. Se a palavra se revelava até então como um código lingüístico estático destinado à descrição das coisas postas no mundo, a partir desta nova concepção a comunicação passa a ser uma nova forma social de empreender ações e interações.

Se a linguagem também se revela por um elemento pragmático, acima do semântico<sup>57</sup>, as palavras podem transcender a mera constatação de coisas, podendo se revelar, em determinados contextos, em verdadeiras modificações do mundo através do agir.<sup>58</sup>

John Langshaw Austin é um dos que desenvolve a ideia dos “atos de fala”. Em muitas situações, “o proferimento exteriorizado é a descrição verdadeira ou falsa da ocorrência de um ato interno”<sup>59</sup>. Ou seja, há ações realizáveis através do dizer, o que até então era impensável. Ao desenvolver esta ideia, Austin chega à conclusão que os atos de fala são divididos em três dimensões: locucionários, ilocucionários e perlocucionários.

O ato locucionário se refere a “dizer algo”, ao ato de dizer uma frase, seja como ato fático (o proferimento de palavras que pertencem a um vocábulo e conforme a gramática<sup>60</sup>), seja como ato rético (utilização de tais palavras com um certo sentido e referência minimamente entendíveis<sup>61</sup>).

dialética estática e monológica do processo penal abre flancos para um modelo dialógico, que se preocupa com o entendimento entre as partes. O tema será tratado no decorrer da presente dissertação.

56 Indispensável, aqui, ressaltar a importância de um grande jurista inglês que lançou mão da filosofia linguística e que, apesar de rotulado como positivista, influenciou um sem-número de pensadores do direito: Herbert L. A. Hart. Baseado fortemente em Wittgenstein, Hart inseriu a filosofia na análise das questões de direito, revolucionando o ensino e a interpretação jurídica, pela aplicação de uma metodologia extremamente rigorosa e clara. (GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 9-10).

57 E. Morris dividiu a semiótica em três partes, que correspondem às três dimensões da semiose: semântica, que considera a relação dos signos com os objetos a que se referem; pragmática, que considera a relação dos signos com os intérpretes; e sintática, que considera a relação formal dos signos entre si (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução: Alfredo Bosi *et alli*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 870).

58 Habermas faz uma distinção muito sofisticada entre ação e mero movimento corporal, sendo aquela uma espécie qualificada de movimento corporal realizado dentro de uma regra de ação, técnica ou social. Ou seja, correaliza estes movimentos corpóreos voltados a uma destas regras. Invocando a analogia empregada por Wittgenstein de que tais regras seriam preferencialmente parecidas com o jogo de xadrez, diz que tal modelo é extremamente limitado, pois os mesmos movimentos podem ter significados distintos em diferentes contextos (por exemplo, o mesmo levantar de mãos de um ginasta e de uma pessoa na rua esperando um ônibus). Assim, é o contexto que dará o sentido, pois, por si, “Las operaciones non tocan el mundo.” (HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social**. v. I. Tradução: Manuel Jimenez Redondo, Madrid: Taurus, 1999, p. 141-142).

59 AUSTIN, John Langshaw. **Quando dizer é fazer**. Tradução: Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas. 1990, p. 27.

60 AUSTIN, 1990, p. 86.

61 AUSTIN, 1990, p. 86.

Por ato ilocucionário, entende-se a “realização de um ato ao dizer algo, em oposição à realização de um ato de dizer algo.”<sup>62</sup> Ato perlocucionário, por sua vez, é o que “produz consequências”<sup>63</sup>, ou ao menos possui a intenção de provocar um efeito em um receptor da mensagem.

Assim, temos o ato de dizer algo (locucionário)<sup>64</sup>, a ação realizada ao dizer algo (ilocucionário)<sup>65</sup> e a intenção que se tem de provocar no receptor da mensagem um efeito (perlocucionário).<sup>66</sup>

É de se notar que Austin, ao lançar mão dos postulados do “segundo Wittgenstein”, proporcionou um aprofundamento da análise pragmática da linguagem em detrimento da semântica, sem contudo estabelecer princípios normativos, ou mesmo uma metalinguagem capaz de avaliar a linguagem como um todo.

Ao abandonar a procura pela essência das palavras e se debruçar sobre quais são as possibilidades da sua utilização e da sua validade dentro do contexto, abriu espaço para a discussão dos jogos da linguagem, teoria esta que influenciou sobremaneira o filósofo alemão Jürgen Habermas e o seu agir comunicativo.

## 2.2 O agir comunicativo e o agir estratégico

Jürgen Habermas, analisando os jogos de linguagem de Wittgenstein e a teoria dos atos de fala<sup>67</sup>, desenvolve a ideia do agir comunicativo, que se debruça sobre a interação dos participantes do processo comunicativo direcionada ao entendimento, sem que os mesmos escondam suas reais intenções individuais. Para isto, a linguagem se revela como instrumento para exprimir as intenções, representar o estado de coisas no mundo e estabelecer relações entre falante e destinatário(s).<sup>68</sup>

Ao repelir a noção de irracionalidade da força ilocucionária, como proposta por Austin, Habermas assenta a validade da linguagem na ideia de um conjunto estrutural de uma

---

62 AUSTIN, 1990, p. 89.

63 AUSTIN, 1990, p. 89.

64 “[...] o falante emprega atos locucionários, a fim de dizer algo (to say something: dizer como são os estados das coisas).” (CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e argumentação**: a teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos. Curitiba: Juruá, 2013, p. 38).

65 “Nos atos ilocucionários, ao contrário, não deve haver nenhum conteúdo proposital, tampouco um significado: não há nada que possa ser tido por verdadeiro ou falso, pois o ato de fala ‘realiza uma ação social.’” (CARDOSO, 2013, p. 38).

66 CARDOSO, 2013, p. 74.

67 O grande mérito da teoria dos atos de fala foi integrar, ineditamente, os componentes pragmáticos no contexto de uma análise formal (CARDOSO, 2013, p. 31).

68 CARDOSO, 2013, p. 44.

racionalidade, composto por condições de inteligibilidade, verdade, sinceridade, correção normativa e adequação.<sup>69</sup>

Inteligível, para que os personagens possam se entender.<sup>70</sup> Por verdade, entende-se a relação do que se é dito com a realidade no mundo, ligado a noção de mundo objetivo da linguagem. A sinceridade, ou veracidade, diz respeito a realidade interna, à subjetividade, o mundo interno, subjetivo, para que o ouvinte creia no que se está a dizer. Já a correção normativa, também denominada de retidão (“Richtigkeit”<sup>71</sup>), diz respeito ao mundo social, a justificação do que é dito e a sua relação com as normas e valores pertencentes a uma comunidade<sup>72</sup>. Por fim, a adequação dos padrões de valor correspondente aos enunciados valorativos, para se demonstrar quais valores são preferíveis.<sup>73</sup>

Assim, o agir comunicativo agrega a teoria dos atos de fala, ao também propor que falar é agir, à pragmática, por se preocupar com os efeitos da linguagem para buscar o entendimento<sup>74</sup>. Ao abandonar a ideia pura de verdade-inverdade, a teoria do agir comunicativo aderiu à noção de validade como aceitabilidade racional, elemento fundamental para o entendimento na linguagem.

Apartando-se da ideia da razão prática, que centra sua noção na consciência, a razão no agir comunicativo não se revela em apenas um aspecto ou elemento subjetivo. Ela se perfaz através da linguagem e na vontade do entendimento entre as partes, razão pela qual as ações comunicativas guardam uma íntima relação com razões que levam o ouvinte a compreender e aceitar o que se diz, levando tanto à crítica quanto à fundamentação pela pretensão de validade da linguagem, ao que se denomina força consensual do entendimento linguístico.<sup>75</sup>

O agir comunicativo se mostra, portanto, dependente não apenas da racionalidade teleológica, mas também em uma racionalidade orientada à obtenção do consenso através da

69 ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003, p. 161-162.

70 ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003, p. 161-162.

71 Exatidão, em alemão. Fonte: Google tradutor.

72 ALVES, Marco Antônio Sousa. O estudo da linguagem em Habermas: observações sobre a teoria dos speech acts, a pragmática universal, a teoria do agir comunicativo e a teoria discursiva do direito. In: JORNADA BRASILEIRA DE FILOSOFIA DO DIREITO, 2., 2008, Nova Lima, MG. **Anais** [...]. Nova Lima: ABRAFI, Faculdade de Direito Milton Campos, MG, 2008, p. 12-13. Disponível em: [http://ufmg.academia.edu/MarcoAntonioSousaAlves/Papers/898265/O\\_estudo\\_da\\_linguagem\\_em\\_Habermas\\_observacoes\\_sobre\\_a\\_teorias\\_dos\\_speech\\_acts\\_a\\_pragmatica\\_universal\\_a\\_teorias\\_do\\_agir\\_comunicativo\\_e\\_a\\_teorias\\_discursivas\\_do\\_direito](http://ufmg.academia.edu/MarcoAntonioSousaAlves/Papers/898265/O_estudo_da_linguagem_em_Habermas_observacoes_sobre_a_teorias_dos_speech_acts_a_pragmatica_universal_a_teorias_do_agir_comunicativo_e_a_teorias_discursivas_do_direito). Acesso em: 14 jul. 2017.

73 Neste ponto, Atienza afirma, na nota de rodapé nº 8, que Habermas, em sua obra “Teoria da ação comunicativa”, enuncia a adequação como uma quinta pretensão de validade, nos termos mencionados no texto. (ATIENZA. 2003, p. 206).

74 CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e argumentação**: A teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos. Curitiba: Juruá, 2013, p. 51.

75 ALVES, 2008, p. 19.

linguagem, como “mecanismo coordenador da ação”<sup>76</sup>. Ou seja, a interação social, no campo da linguagem, dar-se-á ora pela convicção, ora pela influência.<sup>77</sup>

Ao lado do agir comunicativo, Habermas traça as perspectivas do agir orientado para o sucesso. Segundo o autor, quando os atores no mundo da vida agem exclusivamente norteados ao seu próprio sucesso, inclinam-se apenas para as consequências do seu agir, buscando alcançar seus intentos pela influência que suas ações possam causar, por meio do que possuem para tal (armas, bens, ameaças, sedução etc.). E assim agindo, o grau de cooperação e estabilidade dependem da faixa de interesses dos participantes da fala.<sup>78</sup>

Dentro de uma racionalidade voltada exclusivamente a fins, visando a obtenção de metas estabelecidas, persegue incondicionalmente o sucesso, revelado por se alcançar o resultado pretendido baseado nos métodos escolhidos e empregados.<sup>79</sup>

Assim, o denominado agir estratégico é movido por ações voltadas ao êxito e à eficiência, dentro de um processo racional de escolhas, valendo-se do poder de influência da linguagem destinado a obter seu próprio interesse em detrimento dos demais, mantendo-o, inclusive, em sigilo, como parte de método de pura obtenção do resultado.<sup>80; 81</sup>

Ao contrário, o agir comunicativo se deflui pela harmonização interna dos planos de ação dos personagens do processo da fala, canalizando-se ao estabelecimento de acordos e entendimentos mútuos, dando ao outro os motivos, razões e explicações, sem jogos internos que não revelem seus verdadeiros propósitos. Neste cenário, os personagens revelam seus interesses como forma de dar ao “Alter” conhecimento das verdadeiras intenções do “Ego”<sup>82</sup>.

As ações orientadas ao acordo ou entendimento, desta forma, são interações sociais que prescindem dos elementos egocêntricos do êxito, mas se voltam aos atos cooperativos dos

76 CARDOSO, 2013. p. 53.

77 ALVES, 2008, p. 19.

78 HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução: Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 164-165.

79 CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e argumentação**: A teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos. Curitiba: Juruá, 2013, p. 53.

80 ALVES, Marco Antônio Sousa. O estudo da linguagem em Habermas: observações sobre a teoria dos speech acts, a pragmática universal, a teoria do agir comunicativo e a teoria discursiva do direito. In: JORNADA BRASILEIRA DE FILOSOFIA DO DIREITO, 2., 2008, Nova Lima, MG. **Anais [...]**. Nova Lima: ABRAFI, Faculdade de Direito Milton Campos, MG, 2008, p. 17. Disponível em: [http://ufmg.academia.edu/MarcoAntonioSousaAlves/Papers/898265/O\\_estudo\\_da\\_linguagem\\_em\\_Habermas\\_observacoes\\_sobre\\_a\\_teorias\\_do\\_agir\\_comunicativo\\_e\\_a\\_teorias\\_discursivas\\_do\\_direito](http://ufmg.academia.edu/MarcoAntonioSousaAlves/Papers/898265/O_estudo_da_linguagem_em_Habermas_observacoes_sobre_a_teorias_do_agir_comunicativo_e_a_teorias_discursivas_do_direito). Acesso em: 14 jul. 2017. No agir estratégico não há preocupação em se convencer o outro. O que se busca é influenciar para que o outro tome a decisão almejada, ainda que por motivos diversos.

81 Tal visão estratégica das ações retumba profundamente nas instituições jurídicas da nossa sociedade, onde o bom profissional é assim reconhecido como aquele que tem maior êxito em suas causas, ou aquele que ganha as causas tidas por impossíveis, revelando claramente a cultura voltada ao agir estratégico dos profissionais das áreas jurídicas.

82 HABERMAS, 1989, p. 165.

participantes, voltados aos fins ilocucionários, que só poderão ser obtidos pela compreensão<sup>83</sup> no falar, no ouvir e no agir.<sup>84</sup>

O agir comunicativo pode se revelar, enquanto elemento de convencimento das partes envolvidas, em obtenção de acordo ou de entendimento entre as partes. Assim, surge a dicotomia do uso comunicativo no sentido forte, voltado ao acordo, e no sentido fraco, orientado ao entendimento mútuo.<sup>85</sup>

A diferença entre acordo e entendimento reside nas razões que levaram as partes a aceitarem as pretensões de validade: se as razões coincidirem, aceitando os atingidos uma solução pelos mesmos motivos e razões, estaremos diante de um acordo; entretanto, sendo o consenso obtido por diferentes razões, estaremos diante do entendimento mútuo<sup>86</sup>. Neste caso, boas razões para uma pessoa não serão, necessariamente, apropriadas para a outra, ainda que elas se inclinem para a mesma decisão.

Como afirma Habermas:

Falo do agir comunicativo num sentido fraco, quando o entendimento mútuo se estende a fatos e razões dos agentes para suas expressões de vontade unilaterais; falo do agir comunicativo num sentido forte tão logo o entendimento mútuo se estende às próprias razões normativas que baseiam a escolha dos fins. Pois então os envolvidos fazem referência a orientações axiológicas intersubjetivamente partilhadas que determinam sua vontade para além de suas preferências. No agir comunicativo em sentido fraco, os agentes se orientam apenas pelas pretensões de verdade e veracidade; no sentido forte, eles também se orientam por pretensões de correção intersubjetivamente reconhecidas. Nesse caso, pressupõe-se não só livre-arbítrio,

83 Uma das grandes vertentes do pensamento de Habermas pode ser encontrada na seguinte pergunta: “como é possível, numa sociedade pluralista e multicultural, sociedades e pessoas chegarem a um consenso sobre o que é aceitável, isto é, moralmente bom?” (PERSCH, Danilo. **O problema da fundamentação moral:** uma investigação das teorias de Jürgen Habermas. Tese (Doutorado em Ciências Humanas) - Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2009a, p. 59. Disponível em: <https://repositorio.ufscar.br/bitstream/handle/ufscar/4769/2638.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 10 maio 2018).

84 ALVES, Marco Antônio Sousa. O estudo da linguagem em Habermas: observações sobre a teoria dos speech acts, a pragmática universal, a teoria do agir comunicativo e a teoria discursiva do direito. In: JORNADA BRASILEIRA DE FILOSOFIA DO DIREITO, 2., 2008, Nova Lima, MG. **Anais [...]**. Nova Lima: ABRAFI, Faculdade de Direito Milton Campos, MG, 2008, p. 18. Disponível em: [http://ufmg.academia.edu/MarcoAntonioSousaAlves/Papers/898265/O\\_estudo\\_da\\_linguagem\\_em\\_Habermas\\_observacoes\\_sobre\\_a\\_teorias\\_do\\_speech\\_acts\\_a\\_pragmatica\\_universal\\_a\\_teorias\\_do\\_agir\\_comunicativo\\_e\\_a\\_teorias\\_discursivas\\_do\\_direito](http://ufmg.academia.edu/MarcoAntonioSousaAlves/Papers/898265/O_estudo_da_linguagem_em_Habermas_observacoes_sobre_a_teorias_do_speech_acts_a_pragmatica_universal_a_teorias_do_agir_comunicativo_e_a_teorias_discursivas_do_direito). Acesso em: 14 jul. 2017.2008.

85 É bom salientar que poucos autores se debruçam sobre esta diferença entre o sentido forte e fraco do uso comunicativo da linguagem. Em seu “Verdade e justificação”, obra originalmente publicada em 1999, Habermas trabalha com a diferença entre o sentido forte (uso da linguagem orientado ao acordo) e o sentido fraco (uso voltado ao mero entendimento mútuo) do agir comunicativo. Sobre o assunto, ver HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la acción comunicativa:** Racionalidad de la acción y racionalización social. v. I. Tradução: Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Taurus, 1999, p. 113-117, e também CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e argumentação:** a teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos. Curitiba: Juruá. 2013, p. 57-66.

86 HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação:** Ensaio filosófico. Tradução: Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004a, p. 113.

mas também autonomia no sentido de liberdade de determinar a vontade própria com base em discernimentos normativos.<sup>87</sup>

O agir comunicativo em sentido fraco possui tangência com o agir estratégico, na medida em que os agentes agem, também, orientados ao sucesso. Entretanto, nesta nuance de agir comunicativo, o personagem lança mão de seus métodos para produzir no outro a aceitação da seriedade das intenções propostas, trabalhando com a pretensão de validade no campo da sinceridade e verdade, abandonando a noção da correção normativa.

O consenso, neste caso, é obtido sem a exatidão das razões que as partes levam em consideração para estabelecerem o entendimento mútuo<sup>88</sup>, caráter limitado em relação ao acordo, que não é alcançado por meio de intenções ou preferências motivantes, mas de sua racionalidade orientada a fins.<sup>89</sup>

Já a comunicação estratégica se dirige à mera consecução de plano individuais e egoísticos, inutilizando o potencial desta racionalidade, ainda que as interações sejam intermediadas comunicativamente. A linguagem, neste nível de ação linguística, é dirigida para as consequências a serem produzidas pela comunicação<sup>90</sup>. Ademais, no agir estratégico há uma clara busca por efeitos perlocucionários da fala, ao passo que no agir comunicativo em sentido fraco, a coordenação da linguagem se volta às forças de ligação ilocucionárias.<sup>91</sup>

Já o agir comunicativo em sentido forte é atingido por pretensões de correção partilhadas pelas partes, trabalhando, também, com a validade do mundo social revelado pela correção normativa. Nesta forma de agir, as partes chegam às mesmas conclusões através das mesmas razões normativas, determinadas valorativamente para além do querer interno<sup>92</sup>, colocando seu Ego no lugar do Alter, e o Alter no lugar do seu Ego.

Ou seja,

[...] para o sucesso de um ato ilocucionário, num agir comunicativo forte, o destinatário deve possuir o conhecimento de razões independentes do falante, pressupostas num contexto de mundo da vida comum; para o sucesso ilocucionário, num agir comunicativo fraco, o destinatário deve ter o conhecimento das razões próprias do falante; e, num agir estratégico, além da compreensão do ato ilocucionário empregado, deve haver a crença do destinatário na seriedade e na

87 HABERMAS, 2004a, p. 118.

88 CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e argumentação**: A teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos. Curitiba: Juruá, 2013, p. 60.

89 HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Tradução: Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004a, p. 119.

90 HABERMAS, 2004a, p. 118.

91 CARDOSO, 2013, p. 79. É importante notar que, com isso, demonstra-se que o agir estratégico se revela numa mera intenção de produzir efeitos e resultados nos atos de fala, não se importando com as pretensões de validade e veracidade, presentes nos atos ilocucionários e que são essenciais ao agir comunicativo em sentido fraco, relacionada à ideia da ação do que se diz.

92 CARDOSO, 2013, p. 60.



exequibilidade dos anúncios, solicitações ou ameaças, tomando por base as razões do autor, num modelo de racionalidade teleológica.<sup>93</sup>

Assim, o agir comunicativo tem por pressuposto a expressão linguística e se fundamenta em um preceito ético, baseado em condições de validade e veracidade dos atos de fala.

Com este arcabouço teórico, baseado, ainda, em Karl Otto Apel, Habermas desenvolve a sua ideia de uma Ética do Discurso, que se revelará em um importante preceito de seus estudos.

### 2.3 A ética do discurso

No final da década de 60 do século XX, Apel desenvolve um ideia de ética direcionada à razão comunicativa, influenciada pela teoria moral lançada por Immanuel Kant, partindo da ideia de que a linguagem é meio de interação entre os ramos das ciências humanas.<sup>94</sup>

Quando duas pessoas interagem através do diálogo, podem, ou não, concordar e aceitar sobre o que se afirma em relação a determinado fato. Isto não significa, de per si, aceitar de pronto a ideia e os argumentos apresentados pelo outro, mas diz respeito ao assentimento de que cada um dos atingidos pelo processo comunicativo tem o direito de expor seus argumentos, de forma livre e não coercitiva, e à responsabilidade de respeitar as opiniões emanadas neste debate de ideias, o que valida o contexto comunicativo. Se alguém não respeita estas premissas, há um impasse pelo rompimento das pretensões de validade.<sup>95</sup>

Assim, primeiramente com Apel e depois com Habermas, a denominada ética do discurso se preocupa com a exposição de pressupostos pragmáticos de linguagem que fundamentem racional e imparcialmente normas para a obtenção de acordos e consensos.

É uma ética destinada a estruturar uma teoria de razão comunicativa, razão esta que não possui necessariamente, para estes autores, um condão instrumental, mas se revela como uma racionalidade ética da comunicação. Ou seja, “o conceito moderno de razão foi ampliado no

93 CARDOSO, 2013, p. 65.

94 MEDEIROS, Alexsandro M. **Ética do discurso**. [S. l.; s. n.], 2016, Disponível em: <https://www.sabedoriapolitica.com.br/products/etica-do-discurso/>. Acesso em: 04 abr. 2018, p. 1.

95 MEDEIROS, 2016, p. 1.

sentido de abarcar não somente a explicação de fenômenos objetivos ou a intuição de princípios, mas também orientações práticas para o agir comunicativo.”<sup>96</sup>

Curial salientar que a ética do discurso se relaciona, da mesma forma, com o conceito dos atos de fala, uma vez que discurso se revela em um elemento comunicativo, ao passo que a ética se apresenta como a ciência do agir.<sup>97</sup> Entretanto, reforçando o pensamento de que é possível agir através da fala, Habermas não efetua esta separação, justamente porque entende que é possível pensar em um proceder ético que ecoe sobre a comunicação das pessoas.<sup>98</sup>

Se o conceito de discurso possui diversas concepções<sup>99</sup> a depender do ramo do conhecimento humano a ser utilizado, nos processos de comunicação se revela, em uma de suas mais importantes facetas, na ideia de construção e desconstrução, o que Habermas apresenta, em uma observação destinada a elementos éticos, sob dois panoramas: inicialmente, sobre o surgimento das normas morais (ou como se constroem as normas morais), e de outra banda, como podem estes preceitos morais ser recompostos ou reconfigurados evolutivamente.<sup>100</sup>

Discurso se revelaria, assim, em uma ação realizada pela linguagem, orientada ao consenso<sup>101</sup> das partes envolvidas, livres de qualquer ato de dominação injusta, interna ou externa, privilegiando o caráter racional deste processo. E dentro desta racionalidade

96 STEFANI, Jaqueline. Considerações sobre a ética do discurso. **Controvérsia**, São Leopoldo, v. 1, n. 1, p. 66-73. jan.-jun. 2005, p. 67. Disponível em:

<http://revistas.unisinos.br/index.php/controversia/article/viewFile/7128/3958>. Acesso em: 01 maio 2018.

97 A ideia de que a ética é a ciência da conduta é reforçada por Abbagnano (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução: Alfredo Bosi *et alli*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 380).

98 PERSCH, Danilo. **O problema da fundamentação moral**: uma investigação das teorias de Jürgen Habermas. Tese (Doutorado em Ciências Humanas) - Universidade Federal de São Carlos. São Carlos, 2009a, p. 50. Disponível em:

<https://repositorio.ufscar.br/bitstream/handle/ufscar/4769/2638.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 10 maio 2018.

99 Alguns exemplos são interessantes para notar a diferença destas noções sobre o que é discurso na ciência e na filosofia. Carvalho afirma que Aristóteles dividia o discurso humano em quatro concepções: poética, retórica, dialética e analítica (lógica), no que se revela, além de modalidades de discursos, em verdadeiros ramos da ciência (CARVALHO, Olavo de. **Aristóteles em Nova Perspectiva**: introdução à Teoria dos Quatro Discurso. Campinas: Vide editorial, 2013, Capítulo I, p. 15. Disponível em:

<http://www.lelivros.love/book/baixar-livro-aristoteles-em-nova-perspectiva-olavo-de-carvalho-em-pdf-epub-e-mobi-ou-ler-online/>. Acesso em: 01 maio 2018). Noutro giro, o discurso é a língua enquanto assumida por quem fala e, sob a condição de intersubjetividade, é a única forma que torna a comunicação possível

(BENVENISTE, Émile. **Problemas de linguística geral**. Tradução: Mária da Glória Novak e Luiza Neri. Revisão de Isaac Nicolau Salum. São Paulo: Nacional. Universidade de São Paulo, 1976. Disponível em: [https://docs.google.com/file/d/0Bx6\\_dekKTWsvM0dFclJqQzFnVTA/edit](https://docs.google.com/file/d/0Bx6_dekKTWsvM0dFclJqQzFnVTA/edit). Acesso em: 01 maio 2018.).

100 PERSCH, 2009a, p. 51.

101 Repita-se: o consenso aqui não é, ainda, ligado a ideias ou desfecho de um processo comunicativo. Trata-se tão somente do assentimento ao processo e dos direitos que cada parte envolvida tem de expor seus pontos de vista e do dever de ouvir o outro.

apontada, é interessante notar que, embora Habermas e Apel partam de uma teoria moral kantiana<sup>102</sup>, dele se diferenciam de maneira perceptível.

A grosso modo, a ética do discurso não estabelece, como fazia Kant, uma separação entre o inteligível – mundo onde residiriam o dever e a vontade livre – e o empírico – o mundo dos fenômenos, onde estariam os estados de coisas, as subjetividades e as instituições ligadas ao Estado e à sociedade. O que há é uma tensão contínua, revelada pela prática comunicativa cotidiana.

Se, para Kant, a razão se daria no campo da consciência, no plano interior e monológico, como centro dos julgamentos, onde a moral se desenvolveria, na ética do discurso de Apel e Habermas esta racionalidade pessoal e introspectiva não mais se apresenta de modo exclusivo, mas assenta-se também no campo dialógico, que possui como únicas premissas o uso universal pragmático da linguagem e a socialização, o que desloca os pressupostos gerais de moral para a comunicação humana.<sup>103</sup>

Portanto, se em Kant a moral era visualizada como um elemento intrínseco a cada ser humano, residente na razão e na consciência, com Habermas e Apel a moral passa a ter uma performance dentro das interações humanas<sup>104</sup>, através da linguagem, tornando a integração social um fator determinante para a obtenção de um discurso ético, servindo a moral como elemento de integração e simetria entre os sujeitos e a solidariedade que todos se devem reciprocamente.<sup>105</sup>

Habermas chega a afirmar:

Nas minhas pesquisas sobre a ética do discurso, publicadas até o momento, não há uma distinção satisfatória entre princípio moral e princípio do discurso. O princípio do discurso explica apenas o ponto de vista sob o qual é possível *fundamentar imparcialmente* normas de ação, uma vez que eu parto da idéia de que o próprio

102 Habermas admite expressamente a influência da Kant já no prefácio do primeiro volume de “Direito e democracia”, quando afirma: “[...] quase não cito o nome de Hegel e me apóio muito mais na doutrina kantiana do direito [...]” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I e II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 9).

103 LUBENOW, Jorge Adriano. Sobre o método do discurso prático na fundamentação da ética do discurso de Jürgen Habermas. **Cadernos do PET Filosofia**, Teresina, v. 2. n. 3. 2001, p. 66. Disponível em: <http://www.ojs.ufpi.br/index.php/pet/article/view/583/543>. Acesso em: 08 abr. 2018.

104 Kant afirmava que a moral se restringe a cada indivíduo, que possui por si mesmo a autonomia de definir o que lhe seja ou não correto. Habermas e Apel, por outro lado, dispunham que a questão da moral era resolvida no processo comunicativo. Logo, a ética do discurso não é fundamento definitivo para construir ou justificar a moral, mas um caminho à fundamentação das normas morais através do diálogo.

105 PIZZI, Jovino. Ética do discurso: conteúdo moral e responsabilidade solidária. In: LIMA, Clóvis Ricardo Montenegro de; GÓMEZ, Maria Nélide Gonzalez de (org.). **Discursos habermasianos**, Rio de Janeiro: IBICT, 2012, p. 31. Disponível em: <http://repositorio.ibict.br/bitstream/123456789/379/1/HABERMASPARAINTERNET19072012.pdf>. Acesso em: 18 maio 2018.

princípio está fundado nas condições simétricas de reconhecimento das formas de vida estruturadas comunicativamente.<sup>106</sup>

Habermas apresenta, neste contexto, um princípio de conteúdo moral, mas neutro em relação a esta e ao Direito, por se referir a normas de ação em geral<sup>107</sup> – o princípio do discurso, assim enunciado: “só podem reclamar de validade as normas que encontrem (ou possam encontrar) o assentimento de todos os concernidos enquanto participantes de um Discurso prático.”<sup>108</sup>

Ao formular este princípio do discurso, Habermas interliga a teoria do agir comunicativo (e suas condições de validade) com a ética do discurso, centrada no que ele denominou de “situação ideal de fala”.<sup>109</sup> Para que tal ocorra, “a ligação interna entre a moral e a ética não limita a universalidade das pretensões de validade morais; ela subordina, porém os Discursos práticos a restrições, às quais [...] não estão submetidos da mesma maneira.”<sup>110</sup>

A ética deixa de pertencer ao plano interno, individual e solipsista<sup>111</sup> (ao “eu”), para adquirir alteridade, onde a correção de conduta é válida a partir do momento em que todos os potenciais atingidos pelas decisões possam participar, através de sua concordância, dos discursos racionais, que revela a ética do discurso como uma teoria procedimental, coordenada por uma ação comunicativa no sentido forte para questões práticas.<sup>112</sup>

Passando a ética do plano individual para o campo social, Habermas agrega o outro indivíduo, com quem se interage, como componente intrínseco da razão, propondo que as ações comunicativas levem as pessoas ao entendimento<sup>113</sup>, derrubando a discriminação e a marginalização através da inclusão<sup>114</sup> do indivíduo “marginalizado em particular”.<sup>115</sup>

106 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 143.

107 HABERMAS, 1997, p. 142.

108 HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução: Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 116.

109 É importante salientar que esta é uma expressão central na identificação da teoria do filósofo alemão, assim como “integridade” é para Dworkin e “argumentação” e “ponderação” remetem a Alexy, apenas à guisa de exemplificação (CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e argumentação**: A teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos. Curitiba: Juruá, 2013, p. 89).

110 HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução: Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 99.

111 Expressão ligada à ideia de egoísmo: só eu existo e todas as outras pessoas e coisas são meras ideias minhas (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução: Alfredo Bosi *et alli*. São Paulo: Martins Fontes. 2007, p. 918).

112 CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, p. 129.

113 O diálogo, em Habermas, abre basicamente flancos para duas teorias: a discursiva, que será tratada a seguir, e a da democracia deliberativa, que será objeto de análise posterior.

114 Habermas diz que a inclusão “não significa [...] confinamento [...] e fechamento diante do alheio. Antes, a ‘inclusão do outro’ significa que as fronteiras da comunidade estão abertas a todos – também e justamente àqueles que são estranhos um ao outro – e querem continuar sendo estranhos.” (HABERMAS,

Importante ressaltar o poder que tal pensamento produz em um campo como o direito processual penal, onde o acusado, por muitas vezes, apresenta-se como indivíduo segregado do meio social, não possuindo mínimo acesso a serviços básicos que o poder público deveria conceder, só conhecendo o Estado pela porta da Justiça Criminal e sua estrutura, que assusta e às vezes massacra, tolhendo-o de expor, eficientemente, suas razões ou escusas. Ao contrário, o mesmo por vezes é “aconselhado” a se calar<sup>116</sup> e só se manifestar, além da ocasião do interrogatório, por quem lhe promova a defesa técnica.<sup>117</sup>

O caminho pavimentado pela ética do discurso para promover o entendimento entre os indivíduos leva ao rompimento das barreiras da exclusão, ao estimular e impulsionar o processo comunicativo e dialógico como caminho ao conhecimento, irradiando para os procedimentos judiciais criminais, que devem contar com maior interação e participação dos sujeitos envolvidos, quer representantes do poder público (Magistrados, membros do Ministério Público e da Polícia Judiciária, por exemplo), quer acusados (e seus representantes: advogados e membros da Defensoria Pública), quer ainda lesados e vítimas dos fatos definidos pela lei penal como crime.

## 2.4 A teoria discursiva e seu desenvolvimento no direito

Os problemas oriundos do sistema penal no Brasil são latentes. A sociedade assiste a diversos eventos que demonstram o déficit que a segurança pública, como um todo, vem experimentando. Por outro lado, não são estranhos casos de violações de preceitos constitucionais e direitos fundamentais, principalmente que atentam contra os conceitos da dignidade da pessoa humana e da construção de uma sociedade livre, justa e solidária.<sup>118</sup>

Na seara jurídica, para atender a direitos e garantias constitucionais (como o devido processo legal, contraditório, ampla defesa, dentre outros), bem como a postulados próprios, inerentes às técnicas e práticas forenses, o discurso e a argumentação jurídica se revelam em

---

Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução: Geribe Sperber, Paulo Asthor Soethe e Milton Mota. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004b, p. 8).

115 PERSCH, Danilo. **A ética discursiva de Habermas**: uma proposta alternativa à fundamentação moral kantiana. In: SEMINÁRIO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA DA UFSCar, 5., 2009, São Carlos. **Anais [...]**. São Carlos. 2009b, p. 381.

116 Não se trata aqui de negar o direito fundamental do acusado a se manter em silêncio. O que se expõe neste momento é a ausência de estímulos concretos para que o acusado possa se manifestar, na ação penal, de maneira efetiva para a consecução de seus objetivos.

117 Esta é mais uma razão para que o consenso, pelos seus fundamentos teóricos, seja estimulado: confirmar a legitimidade do processo penal como instrumento de pacificação social e promoção de direitos fundamentais.

118 Postulados contidos, respectivamente, nos arts. 1º, III e 3º, III, da CF.

métodos<sup>119</sup> necessários a atingir objetivos que atendam aos critérios de justiça e segurança jurídica, revelados em caros postulados constitucionais.

Desta forma, amparado em sentidos éticos e legais, baseados na Constituição e no mundo dos fatos, o sistema penal deve buscar a eficiência<sup>120</sup> sem abandonar as garantias previstas para salvaguardar direitos fundamentais, objetivos a serem alcançados dentro de uma técnica discursiva que observe esses caros valores.

Se o direito sofreu forte mudança a partir da crise do positivismo<sup>121</sup>, teoria jurídica marcada pelo excessivo apego à lei como construção de racionalidade padronizada, o discurso jurídico galgou extrema importância nos últimos anos, por se apresentar como elemento imprescindível para a apresentação das ideias e teses jurídicas, baseadas no conhecimento científico e filosófico e ainda no senso comum, aptas a fundamentar as decisões públicas.

Assim, a argumentação jurídica tem por escopo apresentar e alcançar a solução mais adequada possível, propiciando o diálogo entre os participantes do processo, através de

---

119 Conforme conceituação formulada por João Maurício Adeodato, método se revela pelos caminhos de linguagem tomados para a formulação de uma tese. Difere-se da metodologia (que se debruça sobre uma “teoria dos métodos”, nas estratégias para a construção destes métodos) e da metódica (que se revelaria em uma meta-teoria, analítica e descritiva, voltada, no campo do direito, a estudar as relações entre as teorias e práticas jurídicas). Assim, o campo da retórica se apresenta em três níveis: o primeiro nível material dos métodos, o segundo nível estratégico das metodologias e o terceiro nível analítico das metódicas (ADEODATO, João Maurício. Retórica analítica como metódica jurídica. **Argumenta UENP** Programa de mestrado em Ciência Jurídica da UENP, Jacarezinho, n. 18, 2013, p. 12-16.)

120 Autores há que distinguem, no campo penal, eficiência e efetividade, dando uma conotação pejorativa ao primeiro. Rafael Serra Oliveira aponta que a eficiência dos meios para a solução do crime acarretam em diminuição de garantias para se chegar mais rápido à condenação, ou até mesmo aplicação antecipada de punição, ao passo que a efetividade se alcança com a ressocialização do criminoso, a diminuição da reincidência, a manutenção das garantias e direitos do indivíduo. (OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no processo penal**: uma alternativa para a crise do processo criminal. São Paulo: Almedina, 2015, p. 61). Jacinto Nelson de Miranda Coutinho chega a afirmar que a troca da efetividade pela eficiência pode ser um mero jogo de palavras mas não seria. E arremata: “Aliada ao tempo, ao tempo, eficiência pode ser sinônimo de exclusão, aqui, nas reformas processuais, carimbada pela supressão de direitos e/ou garantias, mormente constitucionais ou, pelo menos, pela redução dos seus raios de alcance”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. **Empório do direito**, Florianópolis, 2015. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/efetividade-do-processo-penal-e-golpe-de-cena-um-problema-as-reformas-processuais>). Para nós, trata-se de um “dilema de Julieta”, como apresentado no primeiro tópico deste capítulo, na medida em que a eficiência é princípio jurídico da administração pública, previsto no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988, princípio este que deve ser almejado, inclusive pelo sistema penal. Não se trata de qualquer condenação ou de arrefecimento de direitos e garantias: trata-se do atendimento do preceito de se “condenar proporcionalmente culpados e absolver inocentes”. Parece ser o mesmo posicionamento do Professor português Jorge de Figueiredo Dias, que defende um processo penal dotado da “eficiência funcionalmente orientada”. (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal**. Porto: Conselho distrital do Porto, Coleção Virar de página, 2011, p. 16).

121 Junto a esta crise do positivismo jurídico, tem-se a falência das promessas da modernidade, que pretendia fornecer um projeto padronizado a todos os indivíduos, como se liberdade, igualdade e felicidade, por exemplo, fossem alcançados por todos da mesma maneira (BANDEIRA, Rafael Cruz. Constituição, discurso jurídico-penal e argumentação: a busca pela redução das incongruências punitivas. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 16, n. 32, 2013a, p. 187. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2013v16n32p185/6087>. Acesso em: 30 nov. 2018).

discussões, argumentos e racionalidades de cada personagem envolvido, com a devida exposição pública<sup>122</sup> das razões que levaram a determinados pensamentos e decisões.

Habermas, a partir de seu agir comunicativo e da ética do discurso, molda o discurso através do denominado princípio da universalização (U)<sup>123</sup>. Ou seja, “A Ética do Discurso, lastreada da Teoria do Agir Comunicativo, possui como um de seus pilares a noção de universalização.”<sup>124</sup>

Ao estruturar o Princípio do Discurso, Habermas apresenta a universalização como único princípio moral de sua teoria ética com vistas a solucionar uma questão prática atentando ao controle de correção normativa desta decisão<sup>125</sup>. Assim, como indicação de um princípio que leve em conta o consenso no campo da argumentação moral, o princípio da universalização (U), decorrente do imperativo categórico kantiano<sup>126</sup>, monológico e solipsista, mas agora considerado interativamente através do diálogo, apresenta-se como “princípio-ponte” que exerce, nos argumentos práticos, função equivalente à indução encontrada nos discursos teóricos, rompendo as barreiras existentes entre as observações singulares e as hipóteses universais.<sup>127</sup>

Assim, Habermas lança mão da Universalização para sustentar o seu Princípio do Discurso. Como único princípio moral de sua teoria, Habermas utiliza a universalização nos discursos práticos, assim como a indução nos discursos teóricos, como regras de argumentação, para lançar uma ponte sobre as falhas lógicas em relações não dedutivas.<sup>128</sup> Desta forma, a universalização em Habermas não é uma conclusão da argumentação, mas antes um pressuposto seu.

A argumentação, enquanto princípio, recorreria ao princípio da universalização para reforçar a ética do discurso, fornecendo anteparos morais para sustentar as regras de

122 Esta “exposição pública”, neste contexto, atende tanto a uma necessidade da teoria discursiva de que aos argumentos se dê publicidade quanto à obediência à regra constitucional da publicidade dos processos e decisões judiciais (art. 93, IX, da CF, dentre outros dispositivos constitucionais).

123 Importante salientar que o princípio da universalidade foi inicialmente proposto por Kant, depois renomeado de “imperativo categórico”, termo que será investigado posteriormente.

124 CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e argumentação**: a teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos. Curitiba: Juruá. 2013, p. 60. O referido autor, na nota de rodapé n. 183, faz remissão à passagem de Jürgen Habermas (HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Tradução: Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004a, p. 118), em que o mesmo discorre sobre o sentido forte do agir comunicativo.

125 CARDOSO, 2013, p. 89.

126 CARDOSO, 2013, p. 97. Segundo o autor, o imperativo categórico de Kant pode ser assim resumido: “Age segundo uma máxima que possa ao mesmo tempo ter valor de lei geral”. O imperativo categórico se revela, portanto, em uma decisão moral calcada pela razão, afastando-se de quaisquer subjetivismos e particularidades dos indivíduos, aplicável a qualquer ser racional e se afastando do utilitarismo.

127 CARDOSO, 2013, p. 96.

128 CARDOSO, 2013, p. 110.

argumentação apresentadas pelos atingidos no processo, garantindo, no discurso prático racional, a produção de bons argumentos.<sup>129</sup>

Para Klaus Günther, por sua vez, a argumentação se revelaria, basicamente, por duas formas: ou o argumento apresenta razões para que seja aceito, ou se relaciona a alguma situação prática, indagando sobre a adequação da norma aplicada, sobre a necessidade de modificação no caso concreto, ou ainda se há outra norma preferível a se aplicar.<sup>130</sup> Como um dos principais discípulos de Habermas, assevera que o princípio da universalização<sup>131</sup> do mestre alemão analisa a aplicação e a fundamentação das normas em um mesmo momento, sem confundir moral com a norma que se fundamente nesta moral.<sup>132</sup> Desta forma, em qualquer caso “um princípio de fundamentação, sem referência a situações de aplicação, *per se* seria uma fórmula vazia”<sup>133</sup>.

O princípio da universalização, para Günther, seria uma regra de argumentação que ligaria as evidências empíricas à norma que revelasse um interesse geral<sup>134</sup>, para criar uma imparcialidade sobre a validade da norma e suas razões de justificação.<sup>135</sup> O que justificaria esta norma seria a obtenção do interesse comum, que se não pode sempre ser alcançada pelo exercício da alteridade<sup>136</sup>, pode ser atingida pela aceitação da existência do outro enquanto sujeito apto a construir os padrões de conduta.<sup>137</sup>

Assim, a universalização se demonstra dialógica e participativa na medida em que os envolvidos/atingidos assumem reciprocamente as perspectivas, o que possibilita um juízo de imparcialidade, dimensionando e compreendendo a intensidade de todos os interesses afetados<sup>138</sup>, buscando a verdade pelo processo argumentativo, o que transforma a

129 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução: Zilda Hutschinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2001, p. 273-274.

130 GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no Direito e na moral**: justificação e aplicação. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 9.

131 O princípio da universalização de Habermas se revela, segundo Günther, em consequências aceitas e os respectivos efeitos colaterais por todos os participantes que resultem do cumprimento geral e da satisfação de cada indivíduo, circunstância preferível no caso ao invés de aplicação de outras normas, legais ou morais. Günther, por sua vez, apresenta uma versão um pouco mais simples do princípio, aproximando-se da visão de Richard Hare, para analisar se é possível fundamentar a validade de uma norma independentemente das situações de sua aplicação (GÜNTHER, 2011, p. 9-10).

132 GÜNTHER, 2011, p. 10.

133 GÜNTHER, 2011, p. 10.

134 GÜNTHER, 2011, p. 23.

135 BANDEIRA, Rafael Cruz. Constituição, discurso jurídico-penal e argumentação: a busca pela redução das incongruências punitivas. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 16, n. 32, 2013a, p. 188. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2013v16n32p185/6087>. Acesso em: 30 nov. 2018.

136 Ser outro, colocar-se ou constituir-se como outro (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução: Alfredo Bosi *et alli*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 45).

137 BANDEIRA, 2013a, p. 188.

138 GÜNTHER, 2011, p. 27.



universalização em princípio da ética do discurso, onde “uma norma só será válida, quando cada um a aceitar (ou possa aceitá-la) ‘como participante de um discurso prático’.”<sup>139</sup>

Partindo da compreensão de Habermas sobre a teoria da argumentação, Robert Alexy desenvolve a sua própria Teoria da argumentação jurídica, em obra homônima publicada inicialmente em 1978, onde desenvolve a sua tese do caso especial. Nela, o direito se apresentaria como um caso especial em relação ao discurso prático geral, pois a teoria discursiva do direito também se pautaria pela correção dos enunciados normativos.<sup>140</sup> A Tese do Caso Especial<sup>141</sup>, para ele, é a expressão mais significativa da interpretação da racionalidade jurídica do discurso teórico.<sup>142</sup>

Se a Teoria Discursiva do Direito, desenvolvida no contexto do pós-positivismo para apresentar respostas à letargia procedimental formatada pelo positivismo jurídico, não se revela como uma obra de um único grande pensador, Alexy ganha projeção neste campo, influenciado pelos ensinamentos de Habermas, embora se diferenciando em pontos importantes<sup>143</sup>, ao apresentar pontos de partida do discurso e apresentar uma teoria baseada

139 GÜNTHER, 2011, p. 35-36. Habermas, lançando mão dos planos aristotélicos (lógico, dialético e retórico), apresenta três níveis da argumentação: o nível lógico dos produtos, relacionado com a geração de razões consistentes elaboradas dentro de regras lógicas e semânticas; o nível dialético dos procedimentos, onde a argumentação se revela como um processo de entendimento em que os envolvidos/atingidos elaboram um discurso que busque cooperativamente a verdade; e o nível retórico dos processos, onde o objetivo da argumentação é alcançar um consenso racionalmente motivado entre os participantes (HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução: Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 110-111).

140 CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e argumentação**: A teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos. Curitiba: Juruá, 2013, p. 154.

141 Aqui reside um ponto de tensão entre Habermas e Alexy: o primeiro nega que o discurso jurídico seja um caso especial do discurso prático geral. Afirma que a tese do caso especial, como defendida por Günther ou Alexy, “é plausível sob pontos de vistas heurísticos; porém ela sugere uma falsa subordinação do direito à moral, porque ainda não está totalmente liberta de conotações do direito natural. A tese pode ser superada a partir do momento em que levamos a sério a diferenciação paralela entre direito e moral.” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, v. I. 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 291). Depois de muitas discussões, Alexy ainda afirmava, muito tempo depois, que a sua tese do caso especial era um dos pontos fortes da sua Teoria da argumentação jurídica. Em entrevista a Atienza, em 2001, disse que o caso especial, com vínculo à lei, aos precedentes e à dogmática, leva o direito a uma dupla natureza. Por um lado, este vínculo define um caráter institucional e autoritativo. Por outro, o implemento da argumentação prática geral concede ao direito uma faceta ideal e crítica. E arremata: “A conexão desses dois lados leva a uma conexão entre direito e moral que exclui um conceito positivista de direito”. (ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 326).

142 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução: Zilda Hutschinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2001. p. 319.

143 Apenas à guisa de exemplificação, Alexy se liga a um princípio do discurso jurídico, ao passo que Habermas a substitui por uma vertente democrática. Assim, se Alexy utiliza a moral e o direito como seus temas centrais, Habermas se preocupa com a moral e o princípio democrático como elementos construtores da razão discursiva, que norteia o seu princípio do discurso (CARDOSO, 2013, p. 158).

em um sistema jurídico de regras, princípios e procedimentos, apontando uma trajetória para se estabelecer uma teoria completa de Estado e de Direito.<sup>144</sup>

Alexy parte da ideia de que o discurso prático geral não estabelece nenhuma premissa a ser seguida pelos participantes do discurso, apontando que o mesmo deve ser formado por “convicções normativas, interesses e interpretações de necessidades dadas (isto é, existentes faticamente), assim como pelas informações empíricas dos participantes.”<sup>145</sup>

Ainda que se possa apontar que este procedimento deixa o processo extremamente vago e aberto, por outro lado proporciona aos que serão afetados pela decisão tomada a garantia de que participarão da construção da decisão.<sup>146</sup> Com isto, poder-se-ia fundamentar regras aparentemente incompatíveis, uma vez que, havendo possibilidade discursiva, soluções discursivamente contraditórias poderiam ser fundamentadas por regras logicamente possíveis.<sup>147</sup>

Em sua Teoria Discursiva do Direito, Alexy desenvolve um sistema consubstanciado em regra, princípios e procedimentos<sup>148</sup>, atento ao fato de que a ética do discurso deixa as soluções muito abertas no campo jurídico (nem tudo que vale discursivamente valerá juridicamente), revelando o conteúdo da pretensão de correção como o problema mais importante do caso especial, pois deve se ter sempre em vista os comandos emanados da lei, dos precedentes e da dogmática jurídica.<sup>149</sup>

Por isto, afirma Alexy que o discurso jurídico não se revela como um “minus” diante do discurso prático geral, mas como uma coisa diferente (um “aliud”). Se o processo jurídico se revela como um campo fértil ao desenvolvimento pelas partes de motivos egoísticos, baseados no agir estratégico, não comunicativo e monológico, o juiz deve se apartar destes motivos e buscar os critérios de correção, afastando, por exemplo, qualquer ato atentatório à dignidade

144 CARDOSO, 2013, p. 164.

145 ALEXY, 2001, p. 47.

146 CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e argumentação**: A teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos. Curitiba: Juruá, 2013, p. 159. As regras gerais de discurso se revelam de modo fraco para que as pessoas com concepções normativas diferentes possam se entender e forte para proporcionar uma discussão calcada na racionalidade, individual ou dialógica.

147 CARDOSO, 2013, p. 159-160. Note-se que Alexy, diferentemente de Habermas e Dworkin, não defende a ideia da única decisão correta. Para ele, o discurso e a aplicação dos princípios não tem o condão de proporcionar uma única decisão correta.

148 Alexy vai incluir o procedimento como nível do sistema jurídico em seu “El concepto y validez del derecho”, onde além do já consagrado binômio regras-princípios como espécies de normas do sistema jurídico, apresenta os procedimentos como integrantes do ordenamento jurídico, na medida em que os mesmos possuem dupla função: traçar regras de argumentação e formular condições argumentativas racionais que afastem a discricionariedade (AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: Esboço e críticas. **Revista de Informação Legislativa. Senado Federal**, Brasília, v. 42, n. 165, jan./mar. 2005, p. 124-125 e 133). Disponível em: [www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril\\_v42\\_n165\\_p123.pdf](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril_v42_n165_p123.pdf). Acesso em: 17 set. 2018.

149 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução: Zilda Hutschinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2001, p. 321.

da justiça ou postulações meramente protelatórias, nos termos do art. 139, III, do Código de Processo Civil (CPC).

Não agindo as partes eticamente, pautados por uma correção normativa, no contexto de uma ação judicial, além de descumprir um dever processual estabelecido, por exemplo, no art. 5º do CPC, acarretará na aplicação de sanções àqueles que violem tal preceito<sup>150</sup>, bem como o risco de causar no julgador um efeito contrário, ocasionando a obtenção de uma sentença desfavorável.

Ainda, traçando o que denominou de “teoria mais abrangente do Estado e do Direito”<sup>151</sup>, apresenta uma trajetória da teoria discursiva do direito composta por quatro passos: o reconhecimento do caráter aberto do resultado nos discursos práticos gerais; a institucionalização de um procedimento para a produção de normas jurídicas; a necessidade de que o discurso jurídico busque resultados concretos para a aplicação do direito e a institucionalização mais racional do processo judicial.<sup>152</sup> Assim, as argumentações, em suas variadas formas, cumpririam diversas e importantes funções: vinculariam o órgão responsável pelas decisões ao teor da lei; incorporariam experiências passadas (precedentes) ou de outras sociedades (através do direito estrangeiro ou direito comparado<sup>153</sup>); eliminariam contradições no ordenamento jurídico e possibilitariam espaços à argumentação prática racional geral.<sup>154</sup>

O discurso jurídico se apresentaria, portanto, como um caso especial do discurso prático geral, apresentando pontos de convergência e distanciamento, não se limitando a uma explicação do conceito da argumentação jurídica racional ou à sua função como critério hipotético de correção normativa. Deve apresentar coerência lógica entre premissas e conclusões, abstrair-se do uso da força ou da coação psicológica, observar a não contradição e possibilitar o debate entre todos os envolvidos/atingidos.

Os argumentos fáticos devem restar comprovados, limitando necessariamente as determinações jurídicas e litígios forenses<sup>155</sup>. Ou seja, sua teoria do discurso jurídico racional se projeta para além da ciência jurídica, alcançando uma ordem social racional e justa se

---

150 Ainda na seara do processo civil, o Código de 2015 traz, dos seus arts. 79 ao 81, diversos preceitos acerca da má-fé processual, a que chamou de “Responsabilidade das Partes por Dano Processual (CPC. Capítulo II. Seção II).

151 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução: Zilda Hutschinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2001, p. 321

152 ALEXY, 2001, p. 321-322.

153 Sobre a distinção entre o direito estrangeiro e o direito comparado, cf. PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Manual de metodologia do trabalho científico**: como fazer uma pesquisa de direito comparado. Aracaju: Evocati, 2009, p. 29; CARVALHO, Welinton. Direito comparado: método ou ciência? **Revista de informação legislativa**, v. 45, n. 1180, p. 139-145. out./dez. 2008, p. 144.

154 ALEXY, 2001, p. 252.

155 ALEXY, 2001, p. 273.

dirigindo para fora de um isolamento dentro de uma esfera profissional própria<sup>156</sup>. Sua função, enquanto ideal, não pode nem deve ser desprezada.

Manuel Atienza aponta, além desta função ideal esposada por Alexy, outras três funções da argumentação jurídica: a de caráter teórico ou cognoscitivo, a de natureza prática ou técnica e uma dirigida à política ou moral.<sup>157</sup> A primeira função se destina a estabelecer uma compreensão mais profunda do fenômeno jurídico e com a prática discursiva. Recorrendo aos ensinamentos de Alexy, diz que o direito é um sistema de normas (viés estrutural e padrão) e de procedimentos (onde se insere a teoria argumentativa, tanto a própria do direito como os estudos de outros campos do conhecimento humano – filosofia, lógica, psicologia, dentre outras).<sup>158</sup>

A função prática ou técnica se verifica na utilidade do argumento para a produção, interpretação e aplicação do direito. Assim, a argumentação seria de grande valia para a construção de sistemas jurídicos eficientes, para o ensino e aprendizagem jurídicos, além de oferecer um método, ainda que não alcançado, capaz de formar um processo real de argumentação, com o estabelecimento de critérios aptos a estabelecer critérios para verificação de sua correção.<sup>159</sup>

A função política ou moral busca investigar qual ideologia jurídica influencia determinada teoria discursiva. Afastando-se de uma concepção de que, no direito, sempre é possível fazer justiça, Atienza afirma que muitas vezes o julgador decide de forma que entende mais justa, mesmo tendo a consciência de que o direito positivo aponta para solução diametralmente oposta. Assim, acatando ou não o pensamento de Dworkin, de que todo caso jurídico possui uma única decisão correta<sup>160</sup>, o que vai se relacionar com a linha de pensamento ideológico a que se liga quem produz a norma ou a solução jurídica, o direito não

156 ALEXY, 2001, p. 273.

157 ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003, p. 224.

158 Atienza, portanto, concorda com Alexy no fato de que o direito deve buscar seus argumentos fora do seu sistema para, inclusive, influenciar e se fazer entender pelos outros ramos do conhecimento humano. (ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003, p. 224).

159 Neste último ponto, chega a afirmar que a medida “ainda está para ser cumprida”, aproximando-se da conclusão de Alexy sobre a utilidade da função ideal de uma teoria argumentativa. (ATIENZA, 2003, p. 225).

160 Esta noção de Dworkin sobre a busca de uma resposta correta (*the right answer thesis*), será melhor delineada no Capítulo 4 da presente dissertação. Por ora, é importante adiantar que Dworkin não acredita em precisão semântica ou limites objetivos da linguagem, defendendo que o direito é eminentemente uma prática interpretativa. Assim, mais do que uma resposta correta universal, o jurista estadunidense defende que o direito dá (ou deve dar), a resposta correta para cada caso concreto, sendo esta resposta, assim dizendo, única, provisória, finita e despretensiosa. (PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo**: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto de Ciências Jurídicas, UFPA, Belém, 2011). Disponível em: [http://repositorio.ufpa.br/jspui/bitstream/2011/6410/1/Tese\\_ParaAlemGarantismo.pdf](http://repositorio.ufpa.br/jspui/bitstream/2011/6410/1/Tese_ParaAlemGarantismo.pdf). Acesso em: 07 jan. 2019.

se afasta de analisar e decidir sobre os denominados casos trágicos, onde qualquer decisão tomada viola consideravelmente elemento fundamental de direito básico, não havendo nestes casos aplicação de justiça por acolhimento de alternativa, mas sim pelo enfrentamento de um dilema.<sup>161</sup>

O que se depreende, portanto, é que, excetuando esses casos trágicos e dilemáticos, a argumentação jurídica, para Manuel Atienza, apresenta o modo de resolução dos denominados casos fáceis e casos difíceis. Nos primeiros, o ordenamento jurídico já aponta a solução, sem maiores questionamentos, ao passo que nos segundos, cuja resposta não se apresenta previamente, é possível a apresentação de mais de uma resposta, cada uma delas baseada exclusivamente em regras ou princípios jurídicos, o que demandará na busca pelo melhor argumento, crendo ou não na existência de uma única resposta correta, para se estabelecer a resposta mais justa possível.<sup>162</sup>

Portanto, também o processo penal deve promover respostas justas, com a previsão normativa de métodos adequados para resolução de seus conflitos, com a apresentação prévia de soluções procedimentais para determinadas demandas comuns, sem deixar de considerar que a lei jamais poderá prever a melhor solução para todos os casos, tendo em mente que os envolvidos/atingidos no processo criminal devem ter liberdade para manejar métodos e expedientes que levem à produção de uma decisão, e talvez a aplicação de sanções, apta a atender ao anseio das partes, família, comunidade e sociedade, com a produção de uma solução consensual, equânime, cumpridora dos princípios constitucionais e (porque não?) justa.

## 2.5 O discurso no processo penal

A crise do positivismo jurídico, aprofundada na metade do século XX onde a máxima de Kelsen de que qualquer conteúdo pode ser normatizado independentemente de sua carga

---

161 ATIENZA, 2003, p. 226. No campo penal, os dilemas são constantes, aparecem em forma de dúvidas invariavelmente, mas possuem soluções tanto principiológicas quanto normativas. Assim, se o dilema reside no fato de não se ter certeza de que determinada pessoa praticou ou não ilícito penal, a solução a ser tomada é a absolvição do agente, seja pela aplicação do art. 386, VII, do CPP, seja pelo respeito aos princípios norteadores da persecução penal (favor rei e in dubio pro reo, notadamente), pois o conflito entre absolver um culpado ou condenar um inocente é previamente resolvido. Em outras áreas do direito, os dilemas se revelam tormentosos, como na saúde, onde não são incomuns ações em que a decisão tomada, muitas vezes, afeta direitos outros, independentemente de seu mérito.

162 ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003, p. 226.

moral<sup>163</sup> foi levada ao extremo nos movimentos totalitários, especialmente no Nazismo e no Fascismo, provocou enormes alterações no panorama do direito na atualidade. Para Luís Roberto Barroso, tais mudanças decorrem do desenvolvimento de duas ideias centrais que, embora sejam sempre tratadas conjuntamente, percorrem caminhos bem distintos: por um lado, a noção de constitucionalismo<sup>164</sup>, com berço na tradição liberal do fim do século XVII, que limita o poder pelo direito e prega o respeito aos direitos fundamentais; por outro lado, a democracia<sup>165</sup> traz em si as ideias de soberania popular, governo da e pela maioria, que só vem se consolidar no século XX.<sup>166</sup>

Com o desenvolvimento destas ideias, que aparentemente expressam aspirações comuns, surgem, invariavelmente, tensões relevantes entre os direitos fundamentais derivados do constitucionalismo e da soberania popular decorrente da democracia, revelando conflitos entre direitos das minorias e vontade das majorias. Assim, o direito contemporâneo vem se debruçando sobre três grandes questões: uma Constituição que declare e garanta direitos fundamentais de todos, o respeito à democracia e a existência de uma jurisdição constitucional que equilibre estes choques sociais.<sup>167</sup>

Assim, superando-se o pensamento clássico positivista, e em atenção a estas novas realidades advindas do desenvolvimento do constitucionalismo e da democracia, observa-se na atualidade, especialmente no Brasil nos últimos anos, três transformações relevantes: a superação do formalismo jurídico, o surgimento e consolidação de uma cultura pós-

---

163 BARROSO, Luís Roberto. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. In: ALEXY Robert (org.); TRIVISONNO Alexandre Travessoni Gomes; TUFFI Aziz; LOPES Mônica Sette **Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 54.

164 Segundo Dworkin, constitucionalismo significa um sistema que estabelece direitos jurídicos individuais, em que o legislador, escolhido pela maioria, não tem o poder de anular ou comprometer os interesses das minorias (DWORKIN, Ronald. Constitucionalismo e democracia. Tradução: Emílio Peluso Neder Mayer. **European Journal of Philosophy**, n. 3:1, 1995. p. 1. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/44472543/dworkin-constitucionalismo-e-democracia>. Acesso em: 16 nov. 2018).

165 “Democracia quer dizer regra da maioria legítima, o que significa que o mero fator majoritário não constitui democracia a menos que condições posteriores sejam satisfeitas” (DWORKIN, Ronald. Constitucionalismo e democracia. Tradução: Emílio Peluso Neder Mayer. **European Journal of Philosophy**, n. 3:1, 1995, p. 2. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/44472543/dworkin-constitucionalismo-e-democracia>. Acesso em: 16 nov. 2018).

166 BARROSO, Luís Roberto. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. In: ALEXY Robert (org.); TRIVISONNO Alexandre Travessoni Gomes; TUFFI Aziz; LOPES Mônica Sette **Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 50.

167 BARROSO, 2018, p. 54.

positivista<sup>168</sup> e a ascensão do direito público, com o devido destaque primordial da Constituição.

O positivismo jurídico clássico apregoava duas diretrizes ilusórias: a de que a justiça se materializava pelo direito, que por sua vez se revelava pela norma jurídica, e que o direito se materializava pela subsunção, operação lógico-dedutiva que ligava os fatos à norma posta. Ao longo do último século, tais premissas se mostraram fictícias, uma vez que direito e justiça nem sempre são expressões sinônimas ou análogas, pois o direito reflete, por vezes, interesses dominantes em determinado contexto e o direito também não consegue prever todas as relações sociais, nem apresentar soluções previamente codificadas, acarretando em lacuna das normas<sup>169</sup>.

Com a crise do positivismo clássico, surge então uma nova mentalidade, dita pós-positivista, que, ciente de que a norma jurídica não traz a solução para todos os problemas com repercussão na esfera jurídica, vai se reaproximar da moral, da filosofia e de outras áreas do pensamento humano, como a economia, psicologia e sociologia, para preencher a norma incompleta, adotando assim a razão prática e a legitimação democrática como vetores para alcançar respostas mais justas e eficazes.

A legalidade não é abandonada neste contexto, mas completada por estes novos elementos, que permitem uma leitura ética e moral do direito posto, o que influencia poderosamente na interpretação jurídica, catapultando os princípios previstos pela norma constitucional à categoria de normas jurídicas, o que antes era impensável no ambiente dominado pelo positivismo extremado.<sup>170</sup>

Ainda, um fenômeno é observado ao fim do século XX: se antes o direito privado era considerado superior e “aliud” ao direito que regulava as relações do Estado, agora este direito público, principalmente no que se relaciona com do direito constitucional, passa a regulamentar e a se irradiar para áreas que, até então, não possuía nenhuma importância. Direito de família, contratos, propriedade, consumidor, dentre outras áreas, começam a sofrer

---

168 Segundo Barroso, a mais sensível diferença entre o positivismo jurídico e o pós-positivismo reside na relação dos dois movimentos com a Moral. Para os positivistas haveria uma separação absoluta, ao passo que o pós-positivismo apregoa uma vinculação necessária entre direito e moral (BARROSO, 2018, p. 54).

169 BARROSO, 2018, p. 51. Sempre houve um grande fetiche dos positivistas de que o ordenamento jurídico nunca possuía lacunas. Um grande exemplo disso é a antiga Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, hoje Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), Lei nº 12.376, de 30 de setembro de 2010, que em seu art. 4º, assim diz: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, partindo da premissa de que a lei pode até ser omissa, mas o ordenamento jurídico sempre trará uma única solução, amparada por normas.

170 BARROSO, Luís Roberto. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. In: ALEXY Robert (org.); TRIVISONNO Alexandre Travessoni Gomes; TUFFI Aziz; LOPES Mônica Sette **Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 51-52.

em todo mundo forte influência das normas constitucionais, abandonando a ideia de que as duas searas, direito público e direito privado, não se comunicariam.

Assim, a Constituição passa a regular as relações privadas, seja de forma direta (através de preceitos constitucionais como a função social da propriedade, direito do consumidor, reconhecimento da relevância da união estável para a formação das famílias, por exemplo), seja de forma indireta (quando, ao se aplicar as normas infraconstitucionais, busca-se na Constituição princípios a serem observados, como a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal<sup>171</sup>, o direito à intimidade, dentre outros).<sup>172</sup>

Diante deste cenário, o direito passou a ter uma natureza dúplice, com uma dimensão fático-real e outra ideal. Por sua vez, esta dimensão real se revela pela validade formal da norma e sua eficácia social, ao passo que a faceta ideal é atendida pela correção moral do sistema jurídico<sup>173</sup>. Desta feita, Constituição, noções entre direito público e privado e as normas infraconstitucionais devem se projetar para tutelar efetivamente os direitos fundamentais das pessoas, observando o regime democrático e a garantia de que eventuais conflitos sejam solucionados no campo da jurisdição constitucional.

Nesta toada, o Estado, como guardião de preceitos democráticos que assegure o desempenho da vontade da maioria, não pode desprezar direitos das pessoas e de grupamentos minoritários sob o argumento de tutelar interesses da comunidade. Assim, o interesse público, em uma leitura contemporânea do constitucionalismo, deve observar tais parâmetros, e adequar os interesses sem atropelar direitos indispensáveis às pessoas e grupamentos minoritários.

No processo penal, a visão consubstanciada em um Estado provedor – que assegure aos seus cidadãos proteção a seus direitos e proporcione, exclusivamente, a segurança social livre de ações ilícitas e danosas, previstas na legislação criminal, através do exercício do “jus puniendi”, exurgido da violação desta norma penal – vem trazendo consequências graves à efetivação de direitos.

Sob a justificativa de que o direito público, onde se inclui o direito criminal em sua faceta material e processual, é indisponível e, portanto, inegociável e inapto a expedientes

---

171 No próximo capítulo, será apresentada a distinção entre princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, onde se defenderá que o devido processo legal se revela, estritamente, como cláusula geral. No presente momento, trata-se a expressão por “princípio”, para o devido processo legal, como vetor de interpretação.

172 BARROSO, 2018, p. 52-53.

173 BARROSO, Luís Roberto. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. In: ALEXY Robert (org.); TRIVISONNO Alexandre Travessoni Gomes; TUFFI Aziz; LOPES, Mônica Sette **Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 53-54.



transacionais, os procedimentos sempre exigem um formalismo que se revela, em muitos casos, inoperante, custoso, atrasado e carente de aceitação social.

Neste conceito, a visão paternalista de um Estado que tudo provê e que não pode dispor do interesse público causa, a título de exemplo, lentidão na resolução dos problemas, ineficiência na reparação de danos, frustração nas expectativas dos que sofrem as consequências da prática danosa e ilícita, ausência de credibilidade social, seja pela falta de participação dos indivíduos envolvidos/atingidos no evento criminoso, seja pelo sentimento coletivo de que a jurisdição penal é branda e não pune devidamente as pessoas que pratiquem ilícitos penais.

Some-se a isto o abarrotamento de processos e inquéritos criminais que pululam nos escaninhos e sistemas do Poder Judiciário, Ministério Público, Delegacias de Polícia, Defensoria Pública e demais órgãos e instituições públicas destinadas a resolver as questões do sistema criminal para promover segurança pública.

Desta forma, o Estado deve aderir, ao lado da racionalidade da consciência, revelada em procedimentos estáticos e monológicos, onde as instituições tomam o lugar das pessoas envolvidas no fato delituoso, a um modelo comunicativo, resultante de uma racionalidade dialógica e interativa, que proporcione aos agentes envolvidos/atingidos no fato penalmente relevante a participação efetiva no processo, como elemento vital para a construção de uma verdade não necessariamente absoluta, mas decorrente de um processo discursivo e participativo.

Neste contexto, a teoria discursiva do direito surge para apresentar soluções a determinadas condutas, afastando um procedimento padrão utilizável a todo e qualquer tipo de ilícito penal, o que não se demonstra racional, diante de um rol tão extenso de condutas criminosas, não havendo como se tratar os diversos problemas com os mesmos expedientes<sup>174</sup>.

---

174 Note-se que no direito processual penal brasileiro a diferença de procedimentos reside, basicamente, nas penas previstas pela legislação em abstrato. A competência dos Juizados Especiais Criminais se limita a contravenções penais e crimes cuja pena máxima em abstrato não seja superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa (art. 61, Lei 9.099, de 1995, com sua alteração trazida pela Lei 11.313, de 2006). No mais, afastando-se procedimentos esparsos, como por exemplo o júri, crimes cometidos por funcionários públicos, crimes contra a honra ou previstos em legislação especial, o que se tem são os procedimentos ordinário e sumário que são, da mesma forma, diferenciados em sua competência e aplicação exatamente pela pena prevista em abstrato para o delito: enquanto o procedimento ordinário se destina aos delitos cuja pena máxima em abstrato for igual ou maior a 4 (quatro) anos, o procedimento sumário é direcionado aos crimes cujas penas máximas em abstrato suplantem os 2 (dois) anos da competência dos Juizados Especiais Criminais e fiquem abaixo dos 4 (quatro) anos previstos para o procedimento ordinário, independentemente da natureza dos delitos perpetrados, ressalvados os procedimentos especiais (cf. art. 394, §1º, I e II, do Código de Processo Penal – CPP). Isto já demonstra que, sempre ressalvadas as competências especiais, o procedimento só levará em conta a quantidade da pena máxima prevista em abstrato, não importando se o crime é praticado no seio familiar, em um contexto social mais restrito, contra a administração pública, em

Seja em uma faceta histórico-filosófica, processual ou política, o processo penal deve abrir flanco para o diálogo como ferramenta eficaz à construção de solução às demandas, atendendo aos direitos dos participantes, proporcionando simplificação nos procedimentos, rápida resposta aos atingidos e à sociedade e economia para o Estado, com ampliação da efetividade, respeito ao devido processo legal e aos reclames por uma justiça penal mais célere, eficiente e econômica, que abra mão de formalismos indevidos para promover a pacificação social.

---

hipóteses de organizações criminosas, contra indivíduos específicos, contra a coletividade, o que, ao nosso entender, é equivocado e incompleto. Esta reflexão será retomada no quarto Capítulo da presente dissertação.

### 3 CONSENSO E DEVIDO PROCESSO LEGAL: UMA QUEBRA DE PARADIGMAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Cânone do Constitucionalismo moderno ocidental, o devido processo legal é frequentemente utilizado como fundamento para sustentar ou repelir questões colocadas à prova no mundo jurídico. Ao lado de expressões como constitucionalidade, supremacia constitucional e dignidade da pessoa humana, o “*due process of law*” se revela essencial para o desenvolvimento e a compreensão do direito pelos séculos.

Entretanto, não são raras as vezes em que imprecisões acerca do seu conceito e alcance são vistas, quando não interpretações casuístas, o que pode levar a uma deturpação e banalização de sua importância para a compreensão do direito enquanto objeto de estudo.

Uma das vertentes a que se faz menção quando se invoca o devido processo legal diz respeito ao que se chama de “processo justo”, ou seja, a busca por um procedimento que respeite os corolários previamente estabelecidos e que apresente uma resolução adequada da demanda, com a prestação, também, de uma tutela efetiva, que respeite e garanta os direitos envolvidos<sup>175</sup>.

Ao lado desta vertente do “processo justo”, quadra analisar, especificamente, no que consiste esta noção do que seja “justo”, numa concepção objetiva<sup>176</sup>, inicialmente desenvolvida por Aristóteles, e que interessa na análise do instituto do *due process of law*: as perspectivas de um processo que atenda à substância do direito vindicado.

Para tanto, o procedimento deve se atentar para o direito material tutelado pela norma, sem deixar, contudo, de garantir condições básicas aos sujeitos do processo para que possam defender seus interesses de forma equânime, razoável e com seu curso previsto anteriormente, tudo para tornar o processo, mais do que um instrumento necessário à obtenção do bem da vida, um meio adequado e integrado ao que se espera obter com seu curso regular, revelando-se como um processo previsto no ordenamento jurídico dirigido à obtenção de uma justa resposta.

---

175 Leonardo Greco chama a atenção de que o devido processo legal é denominado “Processo justo” na Convenção Europeia de Direitos Humanos e no artigo 111 da Constituição Italiana (GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo**: o processo justo. Rio de Janeiro: Busclegis, 2002, p. 02. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2017).

176 Uma análise sobre coisas, e não pessoas (BALDIN, Mateus de Campos. Os conceitos de justo e injusto em Aristóteles: entre EN V,1 e EN V,9. **Doispontos**, Curitiba, v. 10, n. 1, p.127-142. 2013, p. 128. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/doispontos/article/viewFile/32156/20918>. Acesso em: 11 nov. 2017).

Tem-se como surgimento do devido processo legal a famosa Magna Carta de 1215, embora haja controvérsias.<sup>177</sup> Nesta época, é de se pontuar que os Reis estabeleciam acordos informais com os nobres da Inglaterra, que escolhiam o soberano, em troca de assumir alguns encargos com os senhores feudais.<sup>178</sup>

João sem Terra, após 13 anos de um reinado desastroso, viu-se acuado em 24 de maio de 1215, ocasião em que os barões marcharam sobre Londres, negando lealdade à Coroa, com forte adesão da população local, acarretando em um enredo de impasses, intrigas e negociações que culminou com a assinatura, no dia 15 de junho daquele ano, de um documento apresentado ao Rei que ficou conhecido como “Artigo dos Barões”.<sup>179</sup>

Assim, a Carta de 1215, longe de ser uma benevolência da Coroa, revelou-se como uma exigência dos senhores feudais em resposta ao despotismo real, que restou derrotado pelos Barões e pela Igreja Católica, também alvo de retaliações de João sem Terra.<sup>180</sup>

De início, observa-se que a preocupação dos elaboradores do texto era garantir uma série de direitos aos Barões (por exemplo, reparações devidas), muito embora alguns estudiosos defendam que seu alcance se demonstrou mais largo.

Eduardo J. Couture, Willian Stubbs e Orlando Bitar, com fundamentos um tanto quanto diferentes, apontam elementos dentro da própria Magna Carta que levam a crer, ainda que os Barões e a Coroa não tivessem nem ideia do que seria uma lei geral e para todos naquela época, que o documento se destinava a proteger, inclusive, direitos do povo em geral.<sup>181</sup>

Orlando Bitar aponta que o capítulo 60<sup>182</sup> da Magna Carta obrigava os Barões a concederem aos indivíduos que habitavam suas terras os mesmos costumes e liberdades que lhes outorgaram, concluindo que o documento possuía inegável alcance popular.<sup>183</sup>

177 Maria Rosynete Oliveira Lima enfatiza que a Carta de 1215 não trouxe a expressão “*due process of law*”, mas sim “*legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*” (em tradução livre, exceto pelo julgamento legal de seus pares ou pela lei da terra), expressão que, inclusive, apareceu em documentos anteriores, como o decreto feudal de 1037, da lavra do Rei Conrado II, Imperador Romano, e nas Leis do Rei Henrique, de 1118, bem como no *iudicium parium*, encontrado em leis alemãs do século XI (LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Farbis, 1999, p. 22 e 33). A expressão *due process of law*, viria a aparecer, pela primeira vez, em 1354, no conhecido *Statute of Westminster of the Liberties of London*, quando a Carta Magna, pela primeira vez, apareceu no idioma inglês, durante o Reinado de Eduardo III (LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Farbis, 1999, p. 34).

178 Segundo MCILWAIN, STUBBS e MAITLAND, os Reis ingleses subiam ao trono através de sufrágio, e não por suposto direito divino, eleição esta, obviamente, nada universal, pois contava em seu colégio eleitoral com os poderosos donos da terra (LIMA, 1999, p. 26).

179 “*Articles of the Barons*” (LIMA, 1999, p. 26).

180 Uma demonstração de que a Coroa quedou-se derrotada neste embate é observar que a Magna Carta foi redigida em latim, língua oficial da Igreja Católica.

181 LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Farbis, 1999, p. 27-29.

182 “Todos os referidos costumes e liberdades que concedemos para serem observados no nosso reino, na medida em que nos concerne em relação aos nossos súditos. Que todos os homens do nosso reino, clérigos ou

Aponta-se assim que, desde o início, a Magna Carta acabou possuindo um viés mais amplo do que o pretendido, transcendendo os destinatários oficiais da missiva, açambarcando interesses dos que não pertenciam à Realeza e à Nobreza, com a concessão de certas liberdades a plebeus, clérigos e afins, servindo, por conseguinte, como limitação tanto ao poder real quanto ao poder feudal. Estava dado um passo significativo para a substituição da força da Coroa pelo poder da lei.

Atravessando o Oceano Atlântico, foi nas antigas colônias inglesas no Norte da América que o devido processo legal ganhou contornos maiores. Além de uma série de direitos ligados à vida, liberdade e propriedade, bem como o óbvio sentido processual do direito a um processo ordenado (“*ordely proceedings*”), surge, por volta do século XIX, um sentido mais substancial do “*due processo of law*”, fruto de pressão de interesses econômicos.<sup>184</sup>

E, muito embora a Constituição Americana não contivesse, em sua redação original, a expressão do devido processo legal, foi em terras estadunidenses que a dimensão substancial aflorou e ganhou importância.<sup>185</sup>

A Quinta Emenda à Constituição Americana passou a declarar que “ninguém pode ser privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”. Considerada por alguns como a mais importante emenda constitucional dos Estados Unidos da América<sup>186</sup>, a cláusula continha, primitivamente, contornos mais modestos, notadamente de cunho processual.

Junto à mesma, a Décima Quarta Emenda também surgiu da necessidade de se declarar a igualdade entre os cidadãos dos Estados Unidos, ao prever que nenhum estado poderia restringir direitos “nem privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal.”<sup>187</sup>

---

leigos, observem de maneira semelhante em relação aos seus próprios homens.” (BIBLIOTECA BRITÂNICA. **Magna Carta 1215**. (Tradução em texto completo da edição de 1215 da Magna Carta) 2014. Disponível em: <https://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-english-translation>. Acesso em: 27/09/2017.

183 LIMA, 1999, p. 28.

184 Atribui-se ao precedente *Dred Scott v. Sandford* (1857) o início da chamada dimensão substancial do devido processo legal. No caso, uma lei local violava direitos de senhores de escravos sem atender ao *due process of law*, o que fez a Suprema Corte dos Estados Unidos anular o ato legislativo local (*Missouri Compromise*) (LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Farbis, 1999, p. 73-74).

185 É interessante notar que, já no início, o devido processo legal não se referia apenas a um aspecto procedimental, na medida em que se lançava, sobretudo, à proteção de direitos materiais como a vida, a liberdade e a propriedade. Desta feita, ainda que não se tratasse ainda de uma faceta substancial, o seu nascedouro já apontava para a proteção de interesses meta processuais.

186 LIMA, 1999, p. 69.

187 Não passa sem crítica o fato de que nos Estados Unidos da América houve a necessidade de se promulgar duas emendas com redações muito semelhantes, separadas por quase um século de distância: a Quinta Emenda, promulgada juntamente com um pacote de emendas que ficou conhecido por *Bill of Rights*

### 3.1 Uma análise do conceito de processo justo

Com o surgimento da dimensão substancial, o devido processo legal deixa de ser mero requisito procedimental e passa a ganhar significados mais amplos. Com a positivação das normas, fruto da concepção de um Estado de Direito dentro da Modernidade<sup>188</sup>, surgiu a necessidade de regular oficialmente as condutas humanas e sociais, em uma pretensão de conseguir, por si mesmo, a resolução dos conflitos através da pacificação social sob o poder da lei.

Entretanto, o ideal moderno entrou em colapso justamente porque possuía uma aspiração inalcançável: a de unir a humanidade em torno de seres humanos totalmente iguais<sup>189</sup>. E com a falência da modernidade, surge um novo movimento filosófico, com bastante influência na cultura jurídica: o fenômeno pós-moderno.

A cultura jurídica deste pós-modernismo se caracteriza por um direito “plural, reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo”<sup>190</sup>. Assim, se a modernidade tinha como objetivo regular os conflitos sociais através da lei, a pós-modernidade surge entendendo que tal aspiração não se mostra atingível, necessitando os operadores do direito de outras ferramentas para regular, satisfatoriamente, as relações humanas.

Para tanto, várias técnicas foram criadas para, ao lado dos diplomas legais, fruto da produção do parlamento democraticamente eleito pelo povo, ampliar o leque de ferramentas disponíveis ao intérprete e aplicador da lei, destacando-se a adoção das chamadas “cláusulas gerais”.

Tem-se por cláusula geral um enunciado normativo, de conteúdo indeterminado, que possibilite ao intérprete adaptá-la ao caso concreto que lhe é apresentado em razão do contexto que o permeia. São elementos internos aos sistemas jurídicos, que funcionam como elementos de conexão entre as normas escritas e suas mudanças, sobretudo ocasionada por valores obtidos em uma sociedade em constante transformação.<sup>191</sup>

---

em 8 de janeiro de 1791; e a Décima Quarta Emenda, proclamada em 28 de julho de 1868 (LIMA. 1999, p. 69-72).

188 Aqui, modernidade significa uma ruptura com o passado e serve, ainda, para se distinguir do presente, fazendo alusão à ideia de um “novo tempo” (SILVA, Moacyr Motta da; CRUZ, Paulo Márcio. A modernidade, um estudo para a filosofia do direito. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 24., 2015, Belo Horizonte. **Anais** [...]. Belo Horizonte, 2015, p. 6413).

189 SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Devido processo legal**: uma visão pós-moderna. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 18.

190 SOARES, 2008, p. 23.

191 SOARES, 2008, p. 30.

Ao lado da cláusula geral, tem-se ainda o denominado conceito jurídico indeterminado. Muito embora ambos se caracterizem pela amplitude de suas definições, no conceito jurídico indeterminado o juiz apenas preenche o termo vago previsto em lei, aplicando a consequência jurídica previamente estabelecida em lei.

Assim, o que torna os institutos semelhantes é que, em ambos, a hipótese normativa não está prevista previamente, ao passo que a diferença reside em que, enquanto na cláusula geral a providência a ser aplicada não está previamente estabelecida, no conceito jurídico indeterminado a referida providência é estabelecida de antemão pela norma legal.<sup>192</sup>

Sobre as diferenças entre os institutos, asseverando que nem sempre se consegue estabelecê-las de pronto, Rodrigo Reis Mazzei assim leciona:

Os pontos de diferença e convergência entre as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados permitem que igual expressão vaga possa funcionar de ambas as formas, ou até mesmo como princípio, dependendo nas duas primeiras hipóteses de delimitação fixada e da função que o conceito vago irá ter. Portanto, a mesma expressão abstrata dependendo da funcionalidade de que ela se reveste dentro do sistema jurídico, pode ser tomada como princípio geral do direito (v.g. princípio da boa-fé, não positivado), conceito legal indeterminado (v.g. boa-fé para a aquisição da propriedade pela usucapião extraordinária – cc. 1.238 e 1.260) ou cláusula geral (boa-fé nos contratos – cc. 422).<sup>193</sup>

É interessante notar que, nem sempre, um instituto será princípio, conceito jurídico indeterminado ou cláusula aberta, em si mesmo considerado. Curial é saber que, dependendo do referencial a ser adotado, uma expressão (como no exemplo da boa-fé acima citado) poderá adotar qualquer um destes sentidos.

No que tange ao devido processo legal, entretanto, chega-se à conclusão de que se trata, em regra, mais de cláusula aberta do que conceito jurídico indeterminado ou princípio, ao menos no plano constitucional.

Isso porque, na cláusula do devido processo legal, tanto a hipótese normativa quanto a consequência jurídica não restam previamente estabelecidas pela Constituição Federal (art. 5º, LIV).<sup>194</sup> Ainda que o ordenamento infraconstitucional possa trazer elementos procedimentais e substanciais fechados, mais próximos a uma visão positivista, a ideia do devido processo legal emana de um direito fundamental demasiadamente complexo. Trata-se de genuína

192 SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Devido processo legal**: uma visão pós-moderna. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 36.

193 MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura no Novo Código Civil. In: ALVIN, Arruda; ALVIN, Thereza (orgs.). **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 83-84.

194 “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

cláusula geral a ser preenchida pela experiência histórica.<sup>195</sup> A construção do que seja o devido processo legal é obra eternamente em progresso.

Nesta concepção, quadra também ressaltar que a cláusula geral e aberta do devido processo legal não concede ao intérprete e ao aplicador da norma liberdade absoluta para aplicá-la ao seu bel prazer, arbitrariamente, devendo, antes, vincular-se a norma ou a princípio. Desta feita, a atividade interpretativa e integradora destes espaços vazios deixados pelas cláusulas abertas não pode se vincular ao mero arbítrio, mas deve sempre respeitar a lei, o contrato e os princípios.<sup>196</sup>

E como receptáculo de conteúdo normativo de princípios, a cláusula geral do devido processo legal deve ser o indicativo para a interpretação e aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais, estabelecendo ligações entre normas escritas e o ambiente social em que eles se encontram.

Ao lado desta construção teórica do devido processo legal, surge o questionamento relativo ao conceito de justo, contido dentro da ideia do “devido”. Desde os primórdios, o mundo se depara com conflitos entre os seres humanos, e com suas consequências. Tais conflitos se revelam de diversas formas, e demandam soluções, que por sua vez se demonstram adequadas ou não. Assim, ao ser humano sempre surge a noção ou expectativa de que estas soluções se revelem, na medida do possível, justas.

Aristóteles já se debruçava sobre o tema, e sua análise sobre o que é justo ou injusto sempre demandou muitos estudos e citações.<sup>197</sup> Chega-se a afirmar que o conceito de justo do filósofo grego tem uma conotação objetiva, voltada à adjetivação de coisas, rechaçando elementos subjetivos, sobre pessoas.

Mateus de Campos Baldin discorda disso, afirmando que uma interpretação meramente objetiva, descartando qualquer incidência de ações subjetivas, despreza a importância da voluntariedade nas relações intersubjetivas do justo, do julgar corretamente as ações, rotulando-as como justas ou injustas na avaliação de Aristóteles.<sup>198</sup>

Justiça, para o filósofo grego, seria então a disposição moral que os homens buscam para fazer o que é justo. Desta forma, justiça se faria através do que é justo; e o injusto

195 DIDIER Jr., Fredie. **Direito processual civil**. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1. p. 76-77.

196 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos das Obrigações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 58.

197 Afirma-se que o autor do Código Civil de 1916, Clóvis Bevilacqua, lançou mão do denominado “conceito aristotélico de justo” para definir a equidade. (BALDIN. Mateus de Campos. Os conceitos de justo e injusto em Aristóteles: entre EN V,1 e EN V,9. **Doispontos**, Curitiba, v. 10, n. 1, 2013, p. 128. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/doispontos/article/viewFile/32156/20918>. Acesso em: 11 nov. 2017).

198 BALDIN. Mateus de Campos. Os conceitos de justo e injusto em Aristóteles: entre EN V,1 e EN V,9. **Doispontos**, Curitiba, v. 10, n. 1, 2013, p. 129. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/doispontos/article/viewFile/32156/20918>. Acesso em: 11 nov. 2017.



produziria injustiça. Em *Ética a Nicômaco*, Livro V, temos duas definições de justo: uma ligada àquele que age de acordo com a convenção ou a lei da comunidade, e outra que se refere àquele que toma pra si exatamente e tão-somente o que lhe cabe.<sup>199</sup>

Destas definições, elabora-se os conceitos de justiça geral e particular. A justiça geral não seria uma virtude isoladamente considerada, mas a totalidade das virtudes morais<sup>200</sup>, com a busca de uma vantagem coletiva, através do respeito das leis e convenções da comunidade. A justiça particular, por sua vez, revelar-se-ia em uma virtude moral específica, ao modo de lidar com bens externos<sup>201</sup>, buscando o sentido do que seja igual, tanto em distribuições, quanto em correções ou trocas.<sup>202</sup>

Nota-se que, para se alcançar o justo e se obter a justiça, crucial é analisar a voluntariedade do agente, ou seja, se sua ação está sob seu controle, e tenha como objetivo alcançar a justiça, geral ou especial<sup>203</sup>. Se a conduta não for voluntária<sup>204</sup>, ou voltada para prejudicar alguém, tem-se a ação injusta.

Revela-se que há condições objetivas e subjetivas para qualificar a noção de justo e, assim, apresenta a seguinte variação de grau: o completamente injusto (quando ambas as condições de justo não são preenchidas), as situações intermediárias (quando uma das condições é preenchida, mas a outra não), e o completamente justo (quando ambas as condições são satisfatórias).

Vê-se que o injusto, para Aristóteles, revelar-se-ia no desequilíbrio, na violação à proporção, ao passo que o justo se revelaria na retribuição proporcional dos direitos e bens da vida<sup>205</sup>. Nisso se tem a noção de justiça como um “meio-termo”, enaltecendo uma concepção distributivista de sua análise.

Mais contemporaneamente, John Rawls se notabilizou por desenvolver uma linha de pensamento voltada ao conceito e à concepção de justiça e do que seja justo. Ao diferenciá-las, apresenta o conceito como o “equilíbrio apropriado entre exigências conflitantes”, ao

199 BALDIN, 2013, p. 131.

200 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 80.

201 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 82.

202 BALDIN. Mateus de Campos. Os conceitos de justo e injusto em Aristóteles: entre EN V,1 e EN V,9. Curitiba: **Doispontos**, v. 10, n. 1, 2013, p. 132. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/doispontos/article/viewFile/32156/20918>. Acesso em: 11 nov. 2017.

203 ARISTÓTELES, 2005, p. 91.

204 Conduta involuntária, atualmente, perde esta conotação de contrária à justiça. No direito penal, por exemplo, a conduta involuntária é considerada uma não-conduta, não respondendo o agente por qualquer “injusto”. Assim, só adquirem relevância no direito penal as condutas voluntárias, culposas ou dolosas.

205 ARISTÓTELES, 2005, p. 83.

passo que a concepção se revelaria como “conjunto de princípios correlacionados que objetiva identificar as considerações relevantes para o equilíbrio.”<sup>206</sup>

E arremata: “Acredito que o conceito de justiça é definido, então, pelo papel de seus princípios na atribuição de direitos e deveres e na definição da divisão apropriada das vantagens sociais. A concepção da justiça é uma interpretação desse papel.”<sup>207</sup>

Ao elaborar uma ideia central para sua teoria, Rawls volta ao postulado da justiça como equidade, para afirmar que ela resta escondida por trás do “véu da ignorância”, e, assim, ninguém restaria favorecido ou desfavorecido, seja pelo acaso, seja pelos fenômenos sociais, o que resultaria numa justiça equitativa, na medida que a mesma é definida por situações primitivas e iniciais, isentas de pressões sociais.<sup>208</sup>

Adiante, após desenvolver estes fundamentos, Rawls descreve o que chamou de dois princípios de direito:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos.<sup>209</sup>

Com isso, Rawls retorna à concepção aristotélica de uma justiça distributiva, quando trabalha com as expressões “benefício de todos” e “acessível a todos”. A diferença é que, junto com a noção de uma justiça distributiva, apresenta interpretações sobre estas expressões, o que o leva a estabelecer quatro sistemas baseados nos princípios da eficiência e da diferença: sistema de liberdade natural, aristocracia natural, igualdade liberal e igualdade democrática.<sup>210</sup>

Assim, observa-se que a noção de justiça estabelecida por Rawls transcende à ideia pura de retribuição, abrindo flancos para outras concepções do que seja justo, atento aos princípios da eficiência (objetiva e socialmente considerada) e da diferença (sempre justificado se houver máximo benefício aos menos favorecidos e vinculados a cargos e posições disponíveis a todos que possam ter as mesmas oportunidades). Tal ideia é fundamental para o desenvolvimento de um processo justo e destinado a resolver efetivamente as tensões sociais.

---

206 RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução: Jussara Simões. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 12.

207 RAWLS, 2016, p. 12.

208 RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução: Jussara Simões. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 15.

209 RAWLS, 2016, p. 73.

210 RAWLS, 2016, p. 79.

### 3.2 O devido processo legal e a resolução adequada de disputas

Conflitos são inerentes à vida em sociedade. A observância aos padrões de conduta, estabelecidos para evitar as tensões entre os participantes da vida em comum, também causam violações de interesses outros, principalmente em sociedades plurais e multifacetadas. São choques econômicos, culturais, políticos e éticos, dentre outros, que ocasionarão estes embates.

Estes conflitos podem ser resolvidos por uma série de formas. Boaventura de Sousa Santos, Maria Manuel Leitão Marques e João Pedroso, integrantes do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (OPJ), dirigido pelo primeiro, apresentaram um trabalho primoroso sobre a forma de resolução de conflitos na realidade portuguesa.

Intitulado “Os tribunais nas sociedades contemporâneas”, o artigo tem como ponto alto a apresentação do que restou conhecido como “Pirâmide de litigiosidade”<sup>211</sup>. Nela, observa-se como a via judicial é utilizada excepcionalmente na resolução de conflitos em Portugal.

Disto tem-se que, normalmente, os mecanismos extrajudiciais inerentes ao corpo social são os mais utilizados para resolução de conflitos e efetivação de direitos, por apresentarem um sem número de vantagens.<sup>212</sup>

Entretanto, acredita-se que, na realidade brasileira, a conflitualidade está predominantemente estatizada, principalmente no Poder Judiciário, fazendo com que a referida pirâmide, entre nós, esteja invertida.<sup>213</sup>

Com a concentração de demandas no Poder Judiciário, causada também por uma cultura jurídica baseada em composição judicial para conflitos, que apresentam alta complexidade e baixa resolutividade, os danos aparecem: abarrotamento do sistema judicial, desvalorização de meios administrativos e extrajudiciais destinados à composição dos conflitos, utilização desnecessária de tempo e recursos financeiros para resolver questões mais simples, são apenas alguns dos efeitos nocivos deste jeito brasileiro de resolver seus problemas.

Em outra vertente, analisando o histórico dos conflitos, destacam-se dois grandes grupos de tensões sociais ao longo do tempo: a cooperação e o antagonismo. Este último se configurando pela competitividade, competição e guerra, com baixa densidade ética, uma vez que cobra o preço de vidas humanas e valores humanos para a sua consecução.

---

211 A referida pirâmide se encontra no Anexo A da presente dissertação.

212 Economia de tempo, recursos financeiros, alta capacidade de resolução dos conflitos, alta taxa de efetivação de direitos e restabelecimento das relações pessoais são apenas alguns dos exemplos das vantagens na utilização de mecanismos extrajudiciais para resolução destes conflitos.

213 CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O paradoxo da judicialização das Políticas Públicas de Saúde no Brasil: u ponto cego do direito?** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2016, p. 51.

Em uma sociedade plural e heterogênea, o antagonismo aparece fortemente como método de resolução de conflitos, uma vez que cada parte ou segmento social ou cultural sustentará seu ponto de vista, o que aumentaria as tensões e a própria relevância do conflito, em detrimento das questões mais importantes.

A cooperação se apresenta, por sua vez, como método de coordenação e harmonização de poderes para a consecução do fim comum, produzindo tolerância e confiança entre os participantes, que vai levar ao consenso.<sup>214</sup>

E como corolário do Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1º da Constituição brasileira, o espaço público deve caminhar, cada vez mais, para harmonizar os interesses de seus integrantes, seja pela maior atuação dos participantes sociais, seja pela maior busca do Administrador Público em atender os interesses de seus cidadãos.

Atingir um grau satisfatório de legitimação democrática<sup>215</sup> em uma sociedade plural e heterogênea, com disputas por espaços, ideologias e forças, demanda um processo longo, contínuo e dinâmico, voltado sempre para a satisfação das necessidades de todos dentro do que se pode obter.

Assim sendo, o devido processo legal se volta a obter novos contornos, adequando-se aos novos tempos, deixando de ter uma conotação exclusivamente oficial, onde o Estado é o guardião e promotor do bem estar social, passando a açambarcar novos métodos de resolução de conflitos para fora do aparelho estatal, o que faz surgir e desenvolver procedimentos pré e extrajudiciais, dentro e além da sistemática judiciária oficial, como a negociação direta, a mediação, a arbitragem, a conciliação e o ajustamento de conduta, dentre outros modelos híbridos e particulares.

Como cláusula geral que se apresenta, o devido processo legal, nestes novos tempos, não se assenta, tão-somente, numa atuação soberana estatal para a resolução de demandas conflituosas, aglomerando, também, estas novas técnicas que privilegiam o consenso ao conflito, o acordo ao litígio, o entendimento ao antagonismo.

Isto tudo porque, cada vez mais, a concepção de devido processo legal vai se distanciando da ideia de um procedimento oficial, estatal, transcorrido no âmago da

---

214 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 231, jan./mar. 2003, p. 132.

215 Utilizando-se, aqui, do sentido substancial dado à palavra “democracia”, tal como ensina Norberto BOBBIO. Para o pensador italiano, enquanto a democracia formal se revela como Governo do povo, a democracia substancial é um Governo para o povo (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução: Carmen C. Varriale *et alli* coordenação de Tradução: João Ferreira; revisão geral de João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Caçais. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 328).

administração pública lato senso<sup>216</sup>, e se aproximando de uma tutela efetiva, tempestiva e justa.

Segundo Deborah Rhode, “a maioria dos estudos existentes indica a satisfação dos usuários com o devido processo legal depende fortemente da percepção de que o procedimento foi justo”<sup>217</sup>. Mais do que legal, o processo há de ser devido.

Assim, a denominada resolução adequada de disputas nada mais é do que um desdobramento do devido processo legal que, ao longo da história, vem se adaptando aos reclames sociais para cancelar os seus desejos e, assim, aumentar a segurança jurídica, sem a necessidade de alteração constante e perene das normas escritas.

O que se extrai é que, se por um lado a Constituição estabelece que ninguém pode perder direitos (notadamente a vida, liberdade e propriedade) sem o devido processo legal, por outro lado a referida cláusula aberta prevista constitucionalmente prescinde de atuação estatal para que seja cumprida.<sup>218</sup>

Atualmente, portanto, a noção de devido processo legal mais se aproxima da ideia de procedimento eficiente e justo do que de procedimento oficial e estatal.<sup>219</sup> Não que se erradique completamente o processo clássico, que tenha início pelas partes e siga pelo impulso oficial<sup>220</sup>. Trata-se de fornecer outros caminhos para atingir a eficiência e a satisfação das partes.

Ao contrário, como reforço ao devido processo legal, os mecanismos para se alcançar um fim justo ao litígio vão buscar cada vez formas mais específicas, capazes de melhor alcançar a solução dos conflitos.

216 Aqui, o sentido é de oficial, seja administração pública direta ou indireta, em quaisquer dos poderes ou entidades de direito público, interno ou externo.

217 Deborah Rhode *apud* CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 5. ed. Brasília, 2015, p. 28.

218 Um exemplo disso é a eficácia horizontal dos direitos fundamentais que determina a observância do devido processo legal nas relações privadas. No julgamento do STF do RE 201.819, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, ficou assentado que um integrante de sociedade civil sem fins lucrativos não pode ser excluído sem a observância do devido processo legal. Ou seja, se a entidade civil respeita o devido processo legal, promove, ela mesma, efetivação de direito fundamental sem que o procedimento tramite pelo poder constituído, o que revela a prescindibilidade, nos tempos atuais, de atuação estatal para salvaguardar direitos.

219 Note-se que o processo penal não prescinde da participação oficial e estatal, ainda que se trate de ação penal exclusivamente privada: há sempre a necessidade da participação do Estado no processo penal, seja pela participação do Ministério Público como parte ou fiscal da lei, seja pela participação do Poder Judiciário, que deverá, no mínimo, observar se os critérios foram observados e, caso afirmativo, homologar o entendimento obtido pela deliberação das partes. O que se quer demonstrar é que o entendimento pode, e deve, em casos previamente estabelecidos pela lei, ser levado em consideração para o deslinde das questões de natureza penal. A participação das partes envolvidas, principalmente o autor do fato e a vítima, cumpridos certos requisitos, pode, e muito, contribuir para o desfecho mais efetivo, eficaz e justo da conduta relevante para a solução no campo penal.

220 O art. 2º do CPC/2015 afirma que o processo “começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial”, ressalvadas as exceções previstas em lei, consagrando a regra do “*ne procedat iudex ex officio*” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 155).

Se o modelo tradicional de litigância se revela por ação de natureza bipolar, caracterizada por uma competição entre partes e interesses antagônicos, voltados a um fato passado, iniciado pela vontade dos litigantes, que define a atuação estatal<sup>221</sup>, cada vez mais surgem novos modelos voltados a resolver estes litígios, com participação ativa dos envolvidos/atingidos na construção da solução a ser empregada. Métodos até então inexistentes no sistema judiciário, como as audiências públicas, surgem como forma de legitimar a atuação judicial, proporcionando a ampliação do debate e das possibilidades a serem consideradas.

Em áreas do direito que até então o consenso não era considerado, como o direito penal (e seu desdobramento processual) e o direito administrativo, seja pelo primado da legalidade, seja pela indisponibilidade do interesse público<sup>222</sup>, vários são os expedientes que surgem para flexibilizar a noção tradicional de resolução destes conflitos pela legalidade estrita e oficial.

No caso do direito administrativo<sup>223</sup>, por exemplo, o consenso vem paulatinamente surgindo na pauta do dia, sendo o diálogo estabelecido com o particular, ora tido como elemento principal, ora acessório para a formação da vontade pública. O que distingue um do outro é necessidade de expressa previsão legal para que a atuação particular vincule a administração pública, pois somente a lei poderá alterar competências do administrador público.<sup>224</sup>

Estabelecer diálogo com os cidadãos, pessoas jurídicas, órgãos do terceiro setor, dentre outros, é crucial para se atingir os fins almejados pelo governo e sociedade, sempre com o objetivo de estabelecer um processo justo e democrático para atingir as finalidades sociais e estatais.<sup>225</sup>

---

221 SALLES, Carlos Alberto de. **Processo civil de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 222-223.

222 No caso do direito penal, a indisponibilidade do interesse público se revela através da indisponibilidade da ação penal e no princípio da obrigatoriedade.

223 Nossa ideia, nesta dissertação, é estabelecer um paralelo entre o direito penal (material e processual) e o direito administrativo, sempre que possível, para demonstrar a necessidade de mudança da mentalidade que afasta, do direito público, a resolução de conflitos através do consenso a ser estabelecido pelas partes envolvidas. O crescimento do consenso no direito público é sensível, o que justifica o paralelo entre áreas que demonstram tão flagrantemente a necessidade de mudança de pensamento.

224 Sobre o tema, ver o magistral artigo: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 231, jan./mar. 2003, p. 129-156.

225 A Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, passou a prever a mediação como meio de solução de conflitos no âmbito da Administração Pública, abandonando a ideia de que nenhum interesse público não pode ser transacionado. Mais recentemente, a Lei 13.448, de 5 de junho de 2017, passou a prever, no âmbito dos contratos de parceria previstos na Lei 13.334/2016, a arbitragem como procedimento obrigatório a ser utilizado para dirimir eventuais conflitos que possam surgir. Muito embora a arbitragem seja classicamente tratada como matéria privada, Gustavo Justino de Oliveira defende que, com o advento desta lei, a arbitragem assume feição de direito público, devendo se ter em conta as questões relacionadas a custos, utilização de verbas públicas, os impactos no referido setor e os usuários (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Estado como parte: arbitragem com contratos públicos exigirá publicidade e análise de impacto. **Consultor Jurídico**,

No direito penal, a Constituição Federal estabeleceu o consenso para a resolução de determinadas ações criminais, ao prever, em seu art. 98, I, a criação dos Juizados Especiais com competência para a “conciliação, o julgamento e a execução de [...] infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação [...]”.<sup>226</sup>

Com o estabelecimento destes novos Juizados, através da Lei 9.099/95, estabeleceu-se um novo microsistema jurídico destinado a dispensar celeridade e eficiência aos processos penais de baixa complexidade, prevendo três importantes institutos: composição civil (art. 74), transação penal (art. 76) e suspensão condicional do processo (art. 89).

A partir daí, vários expedientes consensuais passaram a ser previstos em diversos diplomas legais em matéria penal, destacando-se, por exemplo, o surgimento da Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, que em seu art. 4º passou a regular o instituto da colaboração premiada, mecanismo criado para solucionar tensões estabelecidas entre Estado e acusado, objetivando a elucidação de delitos e sua autoria, em troca de benefícios legalmente estabelecidos, possuindo semelhanças e diferenças com o acordo administrativo de leniência.<sup>227</sup>

Desta forma, vê-se que para satisfazer a exigência de um procedimento justo, que se revela como importante faceta do devido processo legal (afinal, processo devido é processo leal, processo justo), a obrigatoriedade do procedimento oficial e estatal deve dar lugar a meios que promovam e privilegiem a efetividade nas resoluções dos conflitos.

O devido processo legal, assim, sobrevive até os dias de hoje graças à sua textura aberta, convivendo na história e em diferentes culturas exatamente por se revelar como uma cláusula aberta, o que lhe permitiu moldar e se moldar a diversos tipos de procedimento em diversos locais.

Uma destas modificações foi a incorporação do sentido substancial da cláusula, ao dar ênfase a um processo “devido”, que respeitasse não só o curso processual estabelecido por lei, como também atentasse ao que fosse eficaz, eficiente e, principalmente, desenvolvesse um

2018. Entrevista concedida a Fernando Martines. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-29/entrevista-gustavo-justino-professor-usp-arbitro>. Acesso em: 29 jul. 2018).

226 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988, 292 p.

227 Uma diferença básica entre os institutos reside no fato de que o acordo de leniência se volta a pessoas jurídicas particulares em procedimentos administrativos, conforme se depreende do art. 16, caput, da Lei Anticorrupção, ao passo que a colaboração premiada se volta à pessoa física acusada na seara penal (art. 4º, da Lei 12.850/2013). Fez-se esta relação para demonstrar, mais uma vez, a necessidade dentro do direito público, especialmente entre os direitos penal e administrativo, de se criar expedientes consensuais. Os institutos da colaboração premiada (e uma breve consideração sobre a expressão “premiada”, preferindo-se o termo “beneficiada”) e do acordo de leniência serão, ainda neste capítulo, melhor analisados.

procedimento capaz de produzir um resultado justo, atribuindo ao processo um sentido de efetividade e justiça.

Como garantia plástica e flexível, o devido processo legal vai, ao longo da história, mostrando-se como uma cláusula em eterna construção e progresso, com função de sempre resguardar os direitos e proteger os interesses sociais.

Assim, cada vez mais são necessários métodos e meios diferentes e mais eficazes para a produção do que seja justo, como os denominados meios de Resolução Adequada de Disputas, as RAD's, que se apresentam como alternativas mais simples e desburocratizadas, mais próximas da realidade das partes e voltadas, principalmente, à produção do consenso.<sup>228</sup>

### **3.3 Técnicas processuais comuns e atuais de “dizer o direito”: negociação, mediação, conciliação, arbitragem e ajuste de conduta**

Neste contexto de diálogo, cabe ao poder público o implemento de técnicas apropriadas para o estabelecimento da comunicação entre os atores sociais, bem como disponibilizar métodos eficazes para resolução de conflitos. Desde a autotutela até o pronunciamento definitivo por órgão estatal desinteressado no deslinde da demanda, o estado deve auxiliar qualquer parte de uma querela na obtenção de uma solução para a sua situação jurídica, utilizando-se de sistema menos oneroso e mais satisfativo.

Neste contexto, surge a denominada “Resolução Adequada de Disputas” (ou RAD's), que se consubstanciam em diversas técnicas adequadas para solução de conflitos. Assim, cada demanda levará, dentro de sua dinâmica particular, à escolha de um método mais indicado para a sua condução, com o objetivo de se trazer economia processual, financeira e sentimental, celeridade, manutenção dos laços entre as partes, cumprimento gracioso das obrigações estabelecidas, dentre outros.<sup>229</sup>

A par das tradicionais técnicas de resolução de disputas, modernamente busca-se o diálogo entre os envolvidos/atingidos como meio elementar para resolução das demandas,

---

228 A partir do próximo tópico do presente capítulo serão apresentados alguns modelos já existentes no ordenamento jurídico para resolução de ações penais que se distanciam dos procedimentos tradicionais. No presente momento, o que se afirma é que todos eles, e também outros que devem ser implementados, atendem aos reclames do devido processo legal.

229 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (org.). **Manual de Mediação Judicial**. 5. ed. Brasília: CNJ, 2016, p. 17.



com otimização de custos e tempo e maximização de eficiência, na medida em que as próprias partes são levadas a darem soluções a suas próprias demandas.

Assim, analisando métodos tradicionais e modernos de resolução de conflitos, poder-se-ia inicialmente, a grosso modo, separá-los em dois grandes grupos: de um lado, processos não vinculantes, em que os próprios envolvidos são responsáveis pelo seu controle, suas decisões e pela obtenção do adequado resultado; de outro, processos vinculantes, em que terceiros são instados a controlar toda a demanda.<sup>230</sup>

Nos processos não vinculantes estão: negociação, mediação e conciliação. São processos vinculantes: decisão administrativa, arbitragem e decisão judicial.

A negociação é a forma mais usual e comum de se resolver eventuais conflitos. Caracterizada pela comunicação voltada à persuasão<sup>231</sup>, nela os participantes possuem total controle do processo e de seu resultado.<sup>232</sup> As partes escolhem desde o momento e local para desenvolverem o procedimento até mesmo se chegarão a uma solução total, parcial, definitiva, temporária etc.<sup>233</sup>

A mediação se revela como uma negociação qualificada pela presença de um terceiro facilitador alheio à disputa. Trata-se de um método composto de diversas etapas, voltadas a melhor compreensão da disputa e com o objetivo de se encontrar soluções mais adequadas. Trata-se de uma técnica de autocomposição mais denso e utilizado, sobretudo, em situações em que as partes desejam a manutenção dos relacionamentos.<sup>234</sup>

A conciliação também se revela como processo autocompositivo, onde também um terceiro não interessado busca auxiliar as partes na obtenção de uma justa solução. Diferencia-se, entretanto, da mediação em muitos pontos, destacando que, principalmente, a mediação se fundamenta em uma metodologia voltada à multidisciplinaridade e na resolução de problemas buscando a manutenção das relações humanas, ao passo que a conciliação busca resolver os problemas através do direito (monodisciplinaridade), com enfoque ao passado e atribuindo culpa pelo ocorrido.<sup>235</sup>

---

230 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 19.

231 Independentemente de se estar diante de um agir comunicativo ou estratégico, a negociação se caracteriza pela liberdade dos envolvidos/atingidos para estabelecerem qual a melhor solução deve ser tomada.

232 Importante salientar que o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passou a prever expressamente a possibilidade das partes estabelecerem mudanças no percurso processual, para atender às particularidades da causa, conforme prevê o art. 190.

233 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (org.). **Manual de Mediação Judicial**. 5. ed. Brasília: CNJ, 2016, p. 20.

234 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016,

235 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 21. O referido Manual estabelece nove diferenças entre os institutos mencionados.

No entanto, a conciliação se mostra, ainda sim, em instrumento valioso na resolução dos conflitos, na medida em que estimula as partes a, elas mesmas, resolverem seus litígios, estimulando a pacificação social, através da persuasão, e não da imposição de um provimento jurisdicional, buscando, na medida do possível, manter a boa convivência entre as partes.

Ressalte-se que o Anexo III da Resolução 125/2010 do CNJ, que instituiu o Código de Ética de Conciliadores e Mediadores judiciais, estabelece princípios voltados a uma adequada resolução de disputas, ressaltando a confidencialidade, imparcialidade e o empoderamento das partes, estimulando que as mesmas aprendam a resolver, futuramente, melhor os seus conflitos.<sup>236</sup>

A arbitragem, definida como procedimento ordinariamente privado, onde as partes se socorrem do auxílio de terceiro(s), alheio(s) à demanda, que, ao final do procedimento previamente estipulado pelo árbitro, com auxílio das partes, prola uma decisão arbitral. Trata-se de método dotado de coercibilidade e definitividade, uma vez que é capaz de pôr termo ao conflito.

Ainda, o saudoso professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto traz o ajuste de conduta como instrumento autônomo apto à composição de conflitos, previsto no art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/85, como elemento da negociação na esfera administrativa, fazendo a importante ressalva de que não se trata de negociar o (ou com o) interesse público, mas sim negociar os *“modos de atingi-lo com maior eficiência.”*<sup>237</sup>

Há ainda registro sobre a junção de dois ou mais deste procedimentos mencionados, sendo a junção entre a mediação e arbitragem a mais comum e utilizada, dando ensejo ao uso da locução “Med-Arb”<sup>238</sup>, e ainda outras práticas compositivas inominadas, sempre voltadas ao bom termo dos conflitos.

Reforça-se que as entidades estatais do século XXI devem, dentro deste contexto de crescimento de conflitos por um lado, mas na busca pela melhor forma de resolver os conflitos por outro, debruçar-se sobre mecanismos capazes de ensinar a melhor forma de se relacionarem com os cidadãos, buscando diminuir os ruídos na comunicação com os mesmos e se lançarem sobre métodos inovadores, práticos, econômicos e eficientes para a resolução das disputas.

---

236 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125 de 29/11/2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 20 ago. 2017.

237 MOREIRA NETO. Novas tendências da democracia: Consenso e direito público na virada do século: o caso brasileiro. **Rere**, Salvador, n. 13, mar./abr./maio. 2008, p. 15.

238 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (org.). **Manual de Mediação Judicial**. 5. ed. Brasília: CNJ, 2016, p. 24-25.

### 3.4 Técnicas processuais com relevância no processo penal: microssistema dos juizados especiais criminais, colaboração premiada (ou beneficiada), acordo de leniência, justiça restaurativa e constelação familiar

A existência nos dias atuais de métodos que se coloquem ao lado dos procedimentos tradicionais de resolução de demandas é uma necessidade e uma realidade. Uma necessidade, pois alia a obtenção de um resultado mais satisfatório de determinada demanda com a diminuição dos números de processos que tramitam pelos escaninhos do Poder Judiciário. Uma realidade, na medida em que as pessoas tomam, cada vez mais para si, a iniciativa de resolverem seus problemas ao largo da atuação estatal.

Em um modelo multiportas (*Multidoor Courthouse System*), a realidade e a necessidade levam ao florescimento de técnicas específicas para a resolução das demandas, observados os requisitos legais e materiais para obtenção dos melhores resultados.<sup>239</sup>

O direito penal, nesta senda, vem sofrendo uma série de transformações para proporcionar aos envolvidos/atingidos, desde o que recebe uma acusação criminal ao que foi vitimado pela conduta analisada no processo concretamente, mecanismos capazes de afastar um processo lento e penoso, com a possibilidade de aplicação imediata de condições que, devidamente cumpridas, levam à extinção da ação penal.

Como já visto anteriormente, a Constituição de 1988 lançou as bases de uma nova mentalidade na seara penal, ao prever a existência dos juizados especiais em matéria criminal, com competência para analisar infrações penais de menor potencial ofensivo<sup>240</sup>, permitindo, além do julgamento e da execução, a conciliação e a transação como institutos aplicáveis na sistemática penal.

Desta feita, ao largo de medidas previstas a procedimentos de outras áreas do direito, que já explanamos no tópico anterior, o direito processual penal vem apresentando novos métodos e procedimentos para resolução de conflitos. Entretanto, urge ressaltar que tais procedimentos, para que produzam efeitos neste campo, deve observar o princípio da legalidade, sob pena de se ter um processo indevido e inviável juridicamente.

---

239 Quer-se dizer com “interesses públicos” todos os que dizem respeito a uma resposta social adequada e segura para a comunidade, o Estado e as pessoas envolvidas, direta ou indiretamente, no conflito.

240 Paulo César Busato, em profunda análise sobre os limites do controle social do direito penal, defende que a expressão “infrações penais de menor potencial ofensivo” é uma contradição invencível: ou uma conduta é séria demais, e por isto a lei a considera como crime, ou ela, por ter menor potencial ofensivo, deve ser tratada na seara administrativa. A respeito, veja: BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2014, p. 62-63.

Nesta ótica, há premente necessidade de se implementar certos procedimentos que já existem a despeito de inexistência de lei estrita, para garantir a legitimidade dos procedimentos já previstos, por exemplo, por Resoluções do CNJ (como o caso da Justiça Restaurativa), para se legitimar, pela via formal, a utilização dos procedimentos mais adequados a cada caso concreto.

Inicialmente, há de se rememorar que os juizados especiais criminais<sup>241</sup> prevêem três institutos que já apresentavam, na década de 1990 do século passado, novidades ante o modelo tradicional de processo penal: a composição civil, a transação e a suspensão condicional do processo.

A composição civil dos danos, como expediente apto a evitar a eclosão de ação penal, pode ser implementada por conciliador, juiz leigo ou togado e tem o condão de extinguir a ação penal, possuindo natureza de título executivo judicial.<sup>242</sup>

Não havendo a composição civil, a lei ainda apresenta outro instituto consensual: a transação, que possibilita a apresentação de proposta pelo Ministério Público, ou pela vítima<sup>243</sup>, ao acusado que, cumprindo requisitos legais e não possuindo nenhum impedimento para a proposta, pode cumprir imediatamente pena restritiva de direito ou efetuar pagamento de multa.<sup>244</sup>

A suspensão condicional do processo, por sua vez, constitui-se em mais um método de resolução de conflitos na esfera penal em que a suspensão do andamento e da prescrição do processo por período de dois a quatro anos, atendidos outros requisitos<sup>245</sup>. É curial lembrar que tal instituto, muito embora previsto entre nós na Lei dos Juizados Especiais, aplica-se, também, a delitos que escapam da competência destes.<sup>246</sup>

---

241 BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm). Acesso em: 23 ago. 2017.

242 Art. 74. Lei nº 9.099/1995.

243 Muito embora o caput do art. 76 da Lei nº 9.099/1995 preveja, tão-somente, a aplicação da transação penal a delitos de ação penal pública, a jurisprudência é remansosa no sentido de admitir, também, sua aplicação aos crimes promovidos pela ação penal privada. Por todos, ver o Acórdão BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 33.929/SP**, no STJ, da lavratura do Ministro Gilson Dipp (julgado em 19/08/2004). Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7270219/embargos-de-declaracao-no-habeas-corpus-edcl-no-hc-33929-sp-2004-0023860-2?ref=juris-tabs>. Acesso em: 28 ago. 2017.

244 Art. 76, § 2º, Lei nº 9.099/1995.

245 Previstos no art. 89, §1º, da Lei nº 9.099/1995.

246 Isto se explica porque, de acordo com o *caput* do art. 89 da Lei nº 9.099/1995, a suspensão condicional do processo é aplicável a crimes cuja a pena mínima seja igual ou inferior a um ano. Já a competência dos Juizados Especiais Criminais se determina para os crimes cuja a pena máxima seja não superior a dois anos (de acordo com o art. 61 da Lei nº 9.099/1995, com a alteração dada pela Lei nº 11.313/2006). Assim, por exemplo, o crime de furto simples, cuja pena vai de um a quatro anos, é passível da aplicação da suspensão condicional do processo, muito embora não seja um delito da competência dos Juizados Especiais Criminais.

Com a implementação destes métodos de resolução de conflitos penais, que abrem mão de uma tradicional dialética monológica, iniciou-se, entre nós, o processo de se buscar, cada vez mais, procedimentos que viabilizem maior participação dos envolvidos/atingidos para resolver processos penais.

Ao lado da denominada “justiça negociada”<sup>247</sup>, surgiu entre nós a “justiça colaborativa”, cujo marco inicial foi a Lei de crimes hediondos<sup>248</sup>, que em seu art. 8º, parágrafo único, prevê a possibilidade de redução de pena caso o participante contribua para o desmantelamento da associação criminosa.<sup>249</sup>

A Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, conhecida como Lei das Organizações Criminosas<sup>250</sup>, como legislação brasileira mais moderna do microssistema da justiça colaborativa<sup>251</sup>, prevê, em seu art. 4º, o instituto da colaboração premiada, que possibilita ao acusado que possuir condições de auxiliar o poder público, atingindo um ou mais resultados previstos nos incisos do referido artigo, com a concessão de perdão judicial, redução de pena ou substituição de pena privativa de liberdade por restrição de direitos.

A colaboração premiada se trata, portanto, de um acordo entabulado entre as partes no processo penal para esvaziar a resistência do réu ao que apresentado pela acusação, facilitando assim a persecução penal, que, em troca, estabelece benefícios ao colaborador, reduzindo as consequências sancionatórias de sua conduta delitiva.<sup>252</sup>

247 Jamil Chaim Alves aponta, junto com a transação penal e a suspensão condicional do processo (institutos já analisados na presente dissertação), o acordo de não persecução penal como instituto pertencente ao ramo da justiça negociada (ALVES, Jamil Chaim. *Justiça consensual e plea bargaining*. In: CUNHA, Rogério Sanches *et alli*. **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 196-197). O tema será analisado no decorrer deste capítulo.

248 BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8072.htm). Acesso em: 02 set. 2017.

249 Art. 8º, parágrafo único: “O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços”.

250 O ideal seria considerá-la como Lei de combate às organizações criminosas.

251 A colaboração premiada (ou beneficiada), prevista inicialmente pela Lei de crimes hediondos, até a Lei de organizações criminosas, foi prevista, de forma direta ou indireta, em diversos dispositivos legais. Desde a primeira Lei de organizações criminosas (Lei nº 9.034/1995, hoje revogada), passando, por exemplo, pela Lei de proteção a vítimas e testemunhas (Lei nº 9.807/1999) e pela Lei de drogas (Lei nº 11.343/2006), vários dispositivos prevêem diversos benefícios a quem colabore com o sistema judicial para o deslinde do processo penal. Sobre o tema, ver o interessante histórico produzido por Jamil Chaim Alves (ALVES, Jamil Chaim. *Justiça consensual e plea bargaining*. In: CUNHA, Rogério Sanches *et alli*. **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 194-195).

252 VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Revista dos tribunais. 2017, p. 55-56. Na mesma obra, o autor esclarece a confusão que o instituto causou na doutrina brasileira, uma vez que no início se entendia que a colaboração possuía natureza penal material, uma vez que o mesmo se dirigia a regular preceito penal secundário, ou seja, a pena. Como fica esclarecido, trata-se de instituto eminentemente processual, de natureza probatória, pois o colaborador se torna fonte de prova.

Abrindo um parêntese, uma questão a ser abordada é referente ao nome dado ao instituto: colaboração premiada. Sabe-se que, popularmente, tal instituto é denominado por “delação premiada”, termo que a lei abandonou por não se mostrar correto.

Primeiramente, porque nem sempre se trata de uma “delação”, de apontar a prática de condutas ilícitas a terceiros<sup>253</sup>. Muitas vezes, o colaborador traz ao conhecimento das autoridades públicas a prática de outros delitos praticados por ele mesmo. Ademais, analisando o art. 4º, incisos IV e V, da Lei 12.850, vê-se que a aplicação do perdão judicial, redução ou substituição da pena pode se dar pela restituição, total ou parcial, do que se obteve com a(s) infração(ões) penal(is) ou pela localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada, requisitos estes de cumulação facultativa, o que reforça não se tratar, obrigatoriamente, de envolvimento de terceiros em práticas ilícitas para a concessão dos benefícios legais. Portanto, delação<sup>254</sup> nem sempre haverá.

Neste ponto, andou bem o legislador quando acolheu a expressão “colaboração” (cooperação, auxílio, trabalho feito em comum com outras pessoas), porque além de mais técnico, abandona termo mais pejorativo (uma vez que delação remeteria à traição, algo eticamente questionável).

No entanto, a palavra “premiada” também não se revela adequada. Prêmio<sup>255</sup>, do latim “*praemium*”, liga-se, em um sentido comum, à ideia de recompensa, regalia, remuneração ou condecoração.

No direito civil, prêmio é o pagamento resultante de um contrato de seguro de valor pelo segurado ao segurador em troca do risco por este assumido.<sup>256</sup> No campo do direito do trabalho, prêmio é o valor facultativo a ser pago ao trabalhador relacionado a fatores de ordem pessoal, como qualidade e assiduidade, vinculado a circunstâncias subjetivas e objetivas,

---

253 Sobre o assunto, Renato Brasileiro de Lima aponta para a distinção existente entre “delação” e “colaboração”, apontando aquela como espécie desta. Quando um suposto autor de fato criminalmente relevante assume sua culpa sem apontar terceiros, ou ainda quando informa, em um delito de sequestro, o paradeiro da vítima, sem no entanto apontar outras pessoas, pratica claramente uma colaboração, e não uma delação, na medida em que não “delata” ninguém (LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 783-784).

254 Reforçando este sentido, segundo o dicionário Priberam, delação significa revelação de crime, delito ou falta alheia, com o fim de tirar proveito dessa revelação (DELAÇÃO In: DICIONÁRIO da língua portuguesa. Lisboa: Priberam Informática, 1998. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/dela%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 4 dez. 2018).

255 PREMIADA In: DICIONÁRIO da língua portuguesa. Lisboa: Priberam Informática, 1998. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/premiada>. Acesso em: 03 dez. 2018.

256 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: Contratos. v. III, 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 322-323.

possuindo natureza indenizatória, não integrante do salário, tendo por base o esforço do empregado<sup>257</sup>.

Fica claro que, em qualquer sentido que seja, a palavra “prêmio” é mal empregada neste instituto, pois o colaborador não recebe recompensa: recebe benefício(s) condicionado(s) a fatores previstos pela lei.<sup>258</sup>

É curial salientar que a colaboração beneficiada se aproxima muito com o instituto do acordo de leniência<sup>259</sup>, previsto inicialmente na Lei 8.884/1994, atualmente regulamentado pela Lei 12.846/2013, a denominada Lei Anticorrupção, mas com ele não se confunde.

Inicialmente, o acordo de leniência se volta a pessoas jurídicas particulares, conforme se depreende da leitura do art. 16, caput, da Lei Anticorrupção, em procedimentos administrativos, ao passo que a colaboração beneficiada se volta ao acusado, pessoa física, em processo penal (art. 4º, Lei 12.850/2013). O acordo de leniência ocorre no âmbito do direito administrativo, enquanto a colaboração beneficiada é instituto de direito processual penal.<sup>260</sup> O acordo de leniência prescinde da participação do Ministério Público para sua confecção, situação inconcebível na colaboração beneficiada, onde o órgão ministerial é ator indispensável na negociação e celebração dos acordos.<sup>261</sup>

O que se pode extrair de comum destes dois institutos é que, em ambos, os envolvidos (pessoa física ou jurídica) colaboram no sentido de obter benefícios na área cível, administrativa ou penal, buscando reparar, cessar ou minorar as consequências do ilícito, razão pela qual tanto o Ministério Público quanto o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) vem, paulatinamente, buscando a integração de suas ações para proteger

---

257 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 450.

258 Assim, a expressão “colaboração premiada” deve dar lugar a um termo mais adequado, como “colaboração beneficiada”, pois o que recebe o colaborador, ao final de sua participação na elucidação efetiva dos fatos, é um benefício, e não um prêmio. Utilizar-se-á, de agora em diante, o termo “colaboração beneficiada”.

259 Muito embora, como se verá, o acordo de leniência seja direcionada à aplicação no campo administrativo, restou listada na presente dissertação em razão de seu envolvimento com a colaboração beneficiada, o que auxiliará na compreensão deste instituto de processo penal.

260 VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 55.

261 É o que se extrai da interpretação do art. 4º, §§ 2º e 6º da Lei nº 12.850/2013: “§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). § 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.”

e ressarcir os cofres públicos, proporcionando, também, condições favoráveis às pessoas, físicas ou jurídicas, envolvidas nas investigações.

Mais modernamente, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) editou duas resoluções<sup>262</sup> tratando de uma nova modalidade a ser praticada no contexto do processo penal: o acordo de não persecução penal. Assim, não sendo caso de arquivamento de um determinado procedimento investigatório criminal, o Ministério Público, que preside tal procedimento, poderá propor ao investigado acordo, nos termos do que é previsto na Resolução CNMP nº 181/2017, e sua posterior alteração pela Resolução CNMP nº 183/2018.

Trata-se de instituto novo, sem precedentes na história jurídico-penal brasileira, que se adequa a Resolução nº 45/110 da Assembleia Geral das Nações Unidas (Resolução esta conhecida como Regras de Tóquio). Em seu item 5.1, a referida Resolução assim dispõe:

Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas. Para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado.<sup>263</sup>

A despeito de se suscitarem questionamentos acerca da constitucionalidade do referido instituto<sup>264</sup>, o Ministério Público no Brasil vem lançando mão do instituto, destacando o Ministério Público Federal no Estado do Espírito Santo já havia, até o mês de agosto de 2018, celebrando mais de 20 acordos.<sup>265</sup> Ademais, é de se salientar que esses Acordos abandonam

262 Tratam-se das Resoluções nº 181 (de 07/08/2017) e nº 183 (de 24/01/2018), que alterou dispositivos da primeira.

263 Íntegra desta Resolução se encontra em CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Tóquio:** regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Coordenação: Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2018.

264 Tramitam no Supremo Tribunal Federal duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, quais sejam, ADI 5790, impetrada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), e ADI 5793, pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), questionando diversos dispositivos da originária Resolução CNMP nº 181/2017. Marcellus Polastri informa, em artigo publicado em 05 de abril de 2018, que alguns dos pontos que foram objeto das mencionadas ADI’s foram superados com a edição da Resolução CNMP nº 183/2018, posterior ao manejo das ações constitucionais. Entretanto, o mestre fluminense adverte a existência de outros vícios que, na sua visão, mostrar-se-iam insuperáveis, como a aplicação administrativa (leia-se: sem chancela judicial) de sanção penal, o que violaria o devido processo legal, bem como a inexistência de lei federal que preveja o instituto. (POLASTRI, Marcellus. O chamado acordo de não persecução penal: uma tentativa de adoção do princípio da oportunidade na ação penal pública. **Gen Jurídico**, São Paulo, 05 abril, 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/04/05/o-chamado-acordo-de-nao-persecucao-penal-uma-tentativa-de-adocao-do-principio-da-oportunidade-na-acao-penal-publica/>. Acesso em: 04 dez. 2018.

265 A notícia é extraída do próprio site da Instituição, em: BRASIL. Ministério Público Federal (Espírito Santos). MPF já realizou mais de 20 acordos de não-persecução penal no Espírito Santo. **Sala de Imprensa**,



premissas tradicionais que permeiam o processo penal como, por exemplo, o princípio da obrigatoriedade.

Por este princípio, sempre que se tenha a prova da ocorrência de um fato que, em tese, constitua crime e indícios suficientes de quem tenha praticado tal ato, a ação penal pública deve ser promovida, no caso, pelo Ministério Público. Isso se extrai da leitura (apressada, como pensamos), dos artigos 24<sup>266</sup> e 28<sup>267</sup> do Código de Processo Penal (CPP), do artigo 100, *caput* e § 1º<sup>268</sup>, do Código Penal (CP), aliado ao que preconiza o artigo 30<sup>269</sup> do Código de Processo Penal Militar (CPPM).

Contudo, face à autonomia concedida pela Constituição Federal de 1988 ao Ministério Público, tais dispositivos legais, todos anteriores ao festivo 5 de outubro de 1988, passaram a ser alvo de reflexão e investigação, levando à consideração de que a obrigatoriedade, supostamente inserida nestes dispositivos legais, não fora recepcionada pelo texto constitucional.

André Luis Alves de Melo afiança que os termos “será promovida”, “é promovida” e “deve ser apresentada” não significam uma obrigação a ser impingida ao Ministério Público, mas sim uma atribuição.<sup>270</sup> Em sua tese de Doutorado, afirma que, ainda que se considere a sua existência, a obrigatoriedade seria uma regra, que se flexibilizaria ante a existência de princípios constitucionais caros, notadamente a eficiência e a aplicação da proporcionalidade e razoabilidade.<sup>271</sup>

---

08 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/es/sala-de-imprensa/noticias-es/mpf-ja-realizou-mais-de-20-acordos-de-nao-persecucao-penal-do-espirito-santo>. Acesso em: 04 dez. 2018.

266 Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

267 Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

268 Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. § 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

269 Art. 30. A denúncia deve ser apresentada sempre que houver: a) prova de fato que, em tese, constitua crime; b) indícios de autoria.

270 MELO, André Luis Alves de. Da não obrigatoriedade da ação penal pública. In: CUNHA, Rogério Sanches *et alli*. **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 151.

271 MELO, André Luis Alves de. **A inconstitucionalidade da obrigatoriedade da ação penal pública**: releitura dos artigos 24 e 28 do Código de Processo Penal e art. 100, §1º, do Código Penal em face da não recepção pela Constituição de 1988. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). São Paulo, 2016, p. 361 e 386. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19768/2/Andr%C3%A9%20Lu%C3%ADs%20Alves%20de%20Melo.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2018.

Américo Bedê Freire Junior é mais enfático: “O princípio da obrigatoriedade da ação penal está morto.”<sup>272</sup> Ao discorrer sobre permissões e limites destes acordos, afirma: “Curiosa a invocação da legalidade em prejuízo do investigado que quer fazer o acordo.”<sup>273</sup> Ou seja, a obrigatoriedade, se não mais existe entre nós (se é que de fato algum dia existiu), não obsta a adoção dos acordos de não persecução penal, inclusive porque a aparente legalidade, no caso, seria utilizada em desfavor do acusado, que poderia negociar extrajudicialmente com o titular da ação penal medidas menos gravosas para si.

Desta feita, sem alongar acerca de eventuais alegações de inconstitucionalidades que as Resoluções CNMP nº 181/2017 e nº 183/2018 possam padecer, é patente que os acordos de não persecução penal são decorrências desta nova mentalidade que passa a permear entre nós: a redução do paternalismo estatal no cenário processual penal brasileiro, permitindo que os envolvidos/atingidos (onde se inclui a vítima, a comunidade e outras pessoas que, eventualmente, suportem os efeitos do fato delitivo<sup>274</sup>) possam, eles mesmos, estabelecerem condições a serem obedecidas por todos e analisarem se há, ou não, vantagem na entabulação do acordo.

Outro instituto que carece de lei federal no sentido formal, até o momento, e que se revela como procedimento extremamente adequado a lidar com conflitos na seara penal é a denominada Justiça Restaurativa. Revelada como uma nova linguagem na análise de conflitos, propõe um novo enfoque para produção de resultados mais efetivos do que os métodos tradicionais, dirigindo-se, especialmente, aos fatos delituosos em que os envolvidos/atingidos possuem vínculos pessoais (família, vizinhança e comunidade, por exemplo), nada impedindo que se dirija, também, para solucionar conflitos entre desconhecidos.<sup>275</sup>

Regulamentada entre nós pelo CNJ, é definida como um conjunto de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, voltados à conscientização sobre os fatores que levam aos conflitos e à violência, e por meio do qual estes conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, seriam solucionados através de práticas restaurativas, com a necessária participação

---

272 FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. O acordo de não persecução penal: permissões e vedações. In: CUNHA, Rogério Sanches *et alli*. **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 301.

273 FREIRE JUNIOR, 2018, p. 302.

274 Basta ver o que dizem os incisos do art. 18, acrescentado pela Resolução CNMP nº 183/2018, que estabelece previamente como condições a reparação do dano ou restituição da coisa à vítima (inciso I), a prestação de serviços à comunidade (inciso III), a prestação de outras condições estipuladas pelo Ministério Público, desde que compatível e proporcional à infração praticada (inciso V), dentre outras.

275 SILVA, Haroldo Luiz Rigo da. **Justiça restaurativa – instrumento de efetivação do princípio constitucional da felicidade**: um estudo sobre a prática em Sergipe. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2017, p. 15.

do ofensor, coordenadas por facilitadores especificamente capacitados para esta função, buscando a satisfação das necessidades prementes.<sup>276</sup>

Com isto, a justiça restaurativa surge como poderosa ferramenta para lidar com conflitos, apresentando soluções de modo estruturado, com participação de todos os envolvidos e interessados no fato delituoso (vítima, ofensor, famílias, comunidade e sociedade<sup>277</sup>), coordenados por facilitadores capacitados em técnicas voltadas à autocomposição e resolução consensual de conflitos, tendo por objetivo a satisfação das necessidades dos participantes, a responsabilização dos que contribuíram, direta ou indiretamente, para a prática delitiva e suas consequências danosas e o resgate da autoridade da comunidade e da sociedade para solucionar conflitos, com a devida reparação dos danos e recomposição do sentido e do sentimento social.<sup>278</sup>

É curial ressaltar que a justiça restaurativa suplanta à ideia tradicional de (re)solução de conflitos, estabelecendo um novo e verdadeiro estilo de vida social, destinado à promoção de uma cultura de paz, (re)estabelecendo todas as dimensões de convivência – relacional, institucional e social – efetivando a construção de laços com outro, estabelecendo uma corresponsabilidade entre os envolvidos/atingidos pela transformação dos conflitos<sup>279</sup>, para construir uma comunidade harmoniosa e uma sociedade mais justa e humana.

As vantagens da justiça restaurativa são inúmeras: promove uma releitura da solução a ser dada ao conflito; legitima a decisão final, pois esta é produzida pela efetiva participação de todos os envolvidos/atingidos pelo fato criminoso; desafoga os escaninhos do Poder Judiciário, pois as soluções, ainda que produzidas com a participação de facilitadores formados no âmbito do Poder Judiciário, serão dadas previamente pelos participantes, cabendo ao Juiz analisar aspectos formais e legais das soluções apresentadas; participação de equipes multidisciplinares e extrajudiciais no sistema da justiça restaurativa, o que

---

276 Art. 1º, da Resolução CNJ nº 225/2016.

277 Neste contexto, comunidade e sociedade se distinguem pela dimensão menor (comunidade) ou maior (sociedade) do grupamento humano envolvido.

278 SALMASO, Marcelo Nalesso. Uma mudança de paradigma e o ideal voltado à construção de uma cultura de paz. *In*: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça restaurativa**: horizontes a partir da Resolução CNJ 225. Coordenação: Fabrício Bittencourt da Cruz. Brasília: CNJ. 2016. p. 38.

279 Expressão utilizada por John Paul Lederach que, em sua experiência nos anos 80 pela América Central, percebeu que a expressão “resolução de conflito”, em alguns contextos, trazia uma noção de cooptação, uma tentativa de se livrar do conflito, não deixando claro se os envolvidos/atingidos teriam espaços para defender as suas posições (LEDERACH, John Paul. **Transformação de conflitos**. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012).

potencializa a produção de ambientes seguros e aplicação de técnicas mais eficientes para a produção de resultados desejados, dentre outros.<sup>280</sup>

Ademais, há de se dizer que a justiça restaurativa se desdobra em outras técnicas, a serem aplicadas de acordo com cada caso concreto, como o Círculo de Construção de Paz, Comunicação Não Violenta (CNV), Planejamento e Gestão *Dragon Dreaming*, Mediação Vítima-Ofensor (MVO), Conferência de Grupo Familiar, dentre outros.<sup>281</sup>

Ainda, há de se destacar a denominada constelação familiar. Formulada pelo terapeuta Bert Hellinger, busca no sistema familiar do “cliente”<sup>282</sup> se existe algum fato passado, pertencente a membros anteriores da família, que influencie nos destinos de seus descendentes, revelando um caráter técnico e empírico bastante peculiar.

Parte da ideia que uma pessoa que não obteve, no seio familiar, proteção e afeto adequados pode desenvolver problemas de diversas ordens, inclusive comportamentais que são influenciadas pelos ascendentes, causando uma espécie de compulsão sistêmica de repetição pelas gerações.

A constelação leva o “cliente” ao acesso de uma autoconsciência sistêmica a partir de um determinado constelador familiar, que pode se dar individualmente, com a utilização de bonecos ou objetos, ou ainda através de dinâmica de grupo, onde os participantes se colocam a representar os membros da família do “cliente”, com o objetivo de aliviar sintomas e traumas passados, resolver ou curar determinada questão por ele proposta.

Trata-se de terapia voltada ao desapego de sentimentos e emoções que incidem e alimentam a causa de dor e aflição, buscando reordenar e apaziguar os desequilíbrios mais sérios daquela constelação<sup>283</sup>, possibilitando o “cliente” enfrentar e resolver seus traumas e medos.

### 3.5 Teoria discursiva no processo penal: devido processo ético e dialogado

280 SILVA, Haroldo Luiz Rigo da. **Justiça restaurativa – instrumento de efetivação do princípio constitucional da felicidade**: um estudo sobre a prática em Sergipe. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2017, p. 15.

281 SILVA, 2017, p. 15

282 Este é o termo utilizado por Bert Hellinger para denominar o indivíduo principal da terapia (HELLINGER, Bert; HÖVEL, Gabriele ten. **Constelações familiares**: o reconhecimento das ordens do amor. Tradução: Eloísa Giancoli Tironi e Tsuyuko Jinno-Spelter. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 11).

283 A Rede Globo de Televisão, através do programa “Profissão: Repórter”, exibiu, no dia 31 de outubro de 2018, uma reportagem sobre a justiça restaurativa, onde apresentou, também, a aplicação da terapia familiar sistêmica no âmbito da execução penal em Porto Velho/RO. Para maiores detalhes, ver JUSTIÇA RESTAURATIVA. **Profissão: Repórter**, Rio de Janeiro. 31 de outubro de 2018. (35 min) Publicado pela Rede Globo, Programa de TV. Disponível em <https://globoplay.globo.com/v/7129592>. Acesso em: 10 dez. 2018.

Neste passo, cabe aqui uma alegoria. Imagine uma marcenaria. Uma oficina vai lidar com diversas atividades envolvendo trabalhos manuais das mais variadas espécies. Móveis, peças de madeira, manutenção residencial e até jardinagem apresentam diversas situações que demandarão, além da habilidade manual do marceneiro, o emprego das mais variadas ferramentas para a consecução do trabalho pretendido: trena, chaves de fenda, martelos, réguas, graminho, prensas, grampos, malhos, formões, esquadro, plaina, prumo, serras, pregos, parafusos, tornos, gabaritos, chaves de boca, lixas, furadeira, parafusadeira, e mais um sem número de ferramentas, cada uma voltada a dar uma solução específica para cada atividade pretendida.

É lógico notar que ninguém lançará mão de um martelo para cortar um pedaço de madeira, nem uma chave de fenda para lixar uma superfície. Mas se imagine agora a oficina de um descuidado marceneiro que contenha poucas ferramentas: um jogo de chaves de fenda, um martelo e um serrote apenas, além de alguns pregos e parafusos. Imagine ainda que surja para esta oficina uma empreitada para a fabricação de uma mesa. Como o marceneiro executaria este serviço? Como faria para lixar, aplainar, nivelar e pintar contando somente com aquelas poucas ferramentas?

Se em uma oficina de marcenaria, que possui demandas a serem resolvidas com as ferramentas adequadas, não dando espaços a improvisos ou “gambiarras”, o mundo da vida, notadamente a seara criminal, possui um sem número de problemas, que necessitam, também, de ferramentas adequadas para sua (re)solução.

No entanto, ao se deparar com o modelo tradicional de disposição de procedimentos na área criminal para, identificamos três grupos básicos de “ferramentas”: os procedimentos do microsistema dos Juizados Especiais Criminais, que se destinam tão-somente às demandas cuja pena máxima não ultrapasse os dois anos; os procedimentos especiais, que atingem crimes específicos (dolosos contra a vida, drogas, contra a honra), destacando-se que muitos deles possuem apenas uma fase preliminar diferenciada; e o procedimento comum ordinário, uma vez que, na prática forense, raras são as vezes que se lança mão do procedimento sumário.

Ou seja, o procedimento tradicional se assemelha à oficina daquele descuidado marceneiro: ante os diversos problemas sociais que exsurtem na seara penal, o profissional do direito possui, apenas, três “famílias” de ferramentas para resolver as demandas criminais.

O surgimento de procedimentos adequados a lidar com as demandas penais se revela, desta forma, em medida urgente e necessária para evitar as denominadas cifras ocultas de crimes, a seletividade que acabou tomando conta do sistema, ampliando o microsistema do

consenso no processo penal, afastando a impunidade pela impossibilidade física quantitativa de atuação dos agentes públicos de se debruçarem sobre todos fatos penalmente relevantes<sup>284</sup>.

Não se preconiza a substituição total do sistema tradicional. Como na alegoria da marcenaria, onde podem ser utilizadas duas ou mais ferramentas simultaneamente (o marceneiro pode usar uma prensa para estabilizar um pedaço de madeira e uma lixa para aparar as arestas, por exemplo), o processo penal pode utilizar, para lidar adequadamente com determinada demanda, um procedimento tradicional e a justiça restaurativa, por exemplo, sem afetar o devido processo legal.

Ao contrário, a pluralidade de procedimentos pode legitimar, ainda mais, a solução aplicada, seja pelo respeito ao rito previsto, seja pela decisão oriunda do respeito ao processo, seja ainda pela participação dos envolvidos/atingidos. Assim, o processo penal tradicional e acusatório, consubstanciado por um princípio subsidiário e supletivo de investigação oficial passa a conviver, ante as exigências causadas pelas transformações ideológicas, culturais e sociais desta quadra da história, com outro paradigma: a necessidade de aproximação das estruturas de consenso em detrimento da litigância, com o fito de se obter um processo penal dotado de eficiência funcionalmente orientada<sup>285</sup>.

Ainda que no processo penal venham a eclodir procedimentos tão plurais, ora se aproximando de um agir estratégico (vide a colaboração beneficiada<sup>286</sup>, por exemplo), ora exigindo uma participação mais franca e honesta dos participantes (como nos casos da justiça restaurativa e da constelação familiar<sup>287</sup>), denotando um forte apego ao agir comunicativo, é mister ressaltar que em todos estes é imprescindível a participação efetiva dos envolvidos/atingidos na demanda penal, demonstrando que a eficiente resolução dos conflitos na seara penal passa pela implementação de mecanismos mais específicos a cada tipo de conflito, abrindo flanco para as modalidades consensuais, até então impensáveis no direito público, em especial no processo penal.

---

284 FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. O acordo de não persecução penal: permissões e vedações. In: CUNHA, Rogério Sanches *et alli*. **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 301.

285 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal**. Porto: Conselho Distrital do Porto. Coleção Virar de página, 2011, p. 16.

286 Neste caso, é importante notar que na colaboração beneficiada, geralmente o colaborador se apresenta com sentimentos egoísticos (imunidade, diminuição de pena, regime inicial de cumprimento de pena mais benéfico), buscando um benefício para si, pouco se importando com os efeitos que sua colaboração possa causar em terceiros. Por isto, afirma-se que a colaboração beneficiada se aproxima da ideia do agir estratégico, como definido por Jürgen Habermas.

287 É muito forte a noção de agir comunicativo na constelação familiar e principalmente na justiça restaurativa. Independentemente de se tratar de sentido forte ou fraco, no agir comunicativo há construção do saber e consequentemente da “verdade” daquele processo. A justiça restaurativa se baseia na criação de um processo comunicativo entre os envolvidos/atingidos e se vale de princípios que reforçam este objetivo, especialmente a corresponsabilidade, o atendimento às necessidades de todos os participantes, a consensualidade, a voluntariedade e a urbanidade, conforme se extraem do art. 2º da Resolução CNJ nº 225/2016.

Neste contexto, o processo penal na atualidade, composto por um sistema acusatório e conciliatório, conflituoso e consensual, clama pelo aparecimento de uma teoria discursiva apta a garantir que os envolvidos/atingidos nos problemas de relevância na seara penal tenha possibilidade de apresentarem, por si mesmos, soluções para cada um destes pontos, afastando o paternalismo estatal.

O processo penal dialógico se volta para legitimar os procedimentos, dar paridade sujeitos na demanda, inserir no contexto processual a vítima como sujeito ativo e determinante para o deslinde da demanda, afastando sua clássica condição de quase-objeto do processo, com probabilidades reais de sofrer a denominada vitimização secundária, garantindo maior imparcialidade do Juiz, que se coloca na posição de verificador da legalidade e da consciência dos sujeitos nos acordos entabulados, garantindo um processo penal legítimo, justo, participativo, e efetivo.

Uma teoria discursiva para o processo penal promove a garantia de direitos fundamentais, orientada pela correção fática e normativa, formada a partir de uma leitura contemporânea do devido processo legal, observando-se o compromisso ético dos participantes em suas ações e palavras. Assim como um marceneiro terá mais êxito em suas empreitadas se possuir e lançar mão de ferramentas adequadas a cada espécie de trabalho, o direito processual penal, pautado por um devido processo legal eticamente fundamentado, produzirá uma argumentação mais adequada, e conseqüentemente decisões mais eficientes e justas.

#### 4 DISCURSO E INTEGRIDADE NA APLICAÇÃO DEMOCRÁTICA DA LEI PENAL

Ultrapassada a demonstração da necessidade de um processo penal que lance mão do consenso para a adequada aplicação das melhores soluções aos seus litígios, urge investigar aspecto relevante para justificar ainda mais a busca por mecanismos que envolvam, cada vez mais, as partes na apresentação de respostas adequadas aos problemas enfrentados pelo direito na atualidade: o aspecto político<sup>288</sup> e processual.

A legitimação das decisões emanadas no campo público ultrapassa os velhos mantras da indisponibilidade do direito público, da supremacia do direito público sobre o privado ou ainda da inafastabilidade do “*jus puniendi*”<sup>289</sup> do Estado quando a norma material de preceito penal primário é violada.

Neste compasso, a legitimidade da sanção a ser aplicada quando do descumprimento da norma penal incriminadora transcende a ideia de um Estado paternalista e protetor – que chama a si a responsabilidade (e as benesses) de tutelar os interesses sociais sob a aplicação estrita do preceito penal secundário previsto na norma, afastando a participação dos diretamente envolvidos no fato criminoso, exercendo o monopólio da sanção – para agregar o interesse dos envolvidos/atingidos na construção de uma solução construída conjuntamente.

Assim, a possibilidade da utilização do consenso na elaboração da sanção a ser aplicada surge como meio importante para produzir uma tutela judicial efetiva, produzindo celeridade

---

288 “Ele [Dworkin] denomina ‘política’ como um padrão a ser atingido, que geralmente se trata de uma melhora no campo político ou econômico ou social da comunidade”. (SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e democracia**: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 74).

289 Conforme Washington dos Santos, “*ius puniendi*” significa o direito de punir (SANTOS, Washington dos. **Dicionário Jurídico Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey. 2001. Ed. Eletrônica. Disponível em: [lelivros.love/book/download-dicionario-juridico-brasileiro-washington-dos-santos-epub-mobi-pdf/](http://lelivros.love/book/download-dicionario-juridico-brasileiro-washington-dos-santos-epub-mobi-pdf/). Acesso em: 08 jan. 2019).



e economia (processual e de custos), privilegiando a consensualidade e o voluntarismo dos sujeitos processuais, o que, repise-se, acarreta em uma legitimação para fora do Estado, revelada na pacificação das relações interpessoais por seus próprios atores.<sup>290</sup>

Para tanto, há de se demonstrar que a legitimidade da participação dos envolvidos/atingidos pelo fato criminoso não reside tão-somente em mera previsão legal, como acontece no microssistema dos Juizados Especiais Criminais, o que revelaria o cumprimento de um devido processo legal na modalidade formal, nem tão-somente numa justificativa ético-filosófica que demonstre a necessidade do consenso como elemento crucial para a aplicação de uma solução efetiva.

Esta legitimidade se revela, também, pela participação democrática no contexto do processo penal, dentro de seus locais ideais de fala, exercendo com plenitude o discurso eticamente articulado, buscando novos paradigmas que sustentem a utilização mais frequente dos interesses das partes na elaboração da sanção penal a ser aplicada.

Para além destas justificativas, não se pode fechar os olhos para uma busca por mecanismos que desafoguem o sistema judiciário, sobretudo na seara criminal, onde o resíduo de processos é enorme, destacando-se o tempo de tramitação processual em comparação aos processos “não-criminais”.<sup>291</sup>

Justificar o consenso na formação de soluções no processo penal transcende as questões teóricas e filosóficas, calcadas em um processo devido que apresente alternativas às partes envolvidas, e também ao Estado. Elas tangem necessidades pragmáticas também, voltadas à satisfação das necessidades da comunidade, fortes em preceitos políticos e sociais.

Nesta senda, os conceitos de democracia e integridade são fundamentais para a compreensão do fenômeno consensual na construção da resposta jurídica adequada. Neste capítulo, busca-se relacionar a integridade e a democracia como ferramentas necessárias à elaboração de um processo penal justo, adequado e efetivo, que se volte a resultados que

---

290 OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no processo penal**: uma alternativa para a crise do processo criminal. São Paulo: Almedina, 2015, p. 136-137.

291 No Relatório “Justiça em Números 2018”, o Conselho Nacional de Justiça traz números alarmantes relativos à justiça criminal: muito embora em 2017 houve uma redução de 5,3% no quantitativo de novos processos de conhecimento criminais em relação ao ano anterior, o que causou uma queda no acervo de 3,5%, há ainda, no Brasil, ao final daquele estudo, seis milhões e duzentos mil processos criminais a serem julgados, excetuadas as execuções penais. No Tribunal de Justiça de Sergipe (TJSE), por exemplo, foram 17.443 novas ações penais, excluídas as execuções penais, restando ainda 40.575 processos a serem julgados. Outro dado curioso diz respeito ao tempo médio de tramitação dos processos na fase de conhecimento no 1º grau no Brasil: enquanto a média brasileira de tramitação de processos “não-criminais” é de dois anos e dez meses, os processos criminais no Brasil levam, em média, onze meses a mais para serem concluídos, ou seja, três anos e nove meses. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018, p. 152-156. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2019).

atendam aos interesses dos envolvidos, da comunidade, da sociedade e do Estado, que flexibiliza o monopólio do exercício do direito de punir em detrimento de uma pacificação social não imposta, mas construída.

Inicie-se, portanto, com a análise do conceito de integridade, como proposta por Ronald Dworkin, a relação entre direito e moral trazida pelo autor e sua importância para a correta compreensão do direito como uma comunidade de princípios coerente e eficiente voltada à legitimidade democrática.

#### 4.1 A integridade como instrumento de construção do discurso do direito

A relação entre direito e moral, tão debatida por diversas escolas do direito, serve como parâmetro para se entender a concepção da integridade na correta aplicação do direito. Em uma análise perfunctória, pode-se asseverar que a integridade, como defendida por Ronald Dworkin, busca o melhor argumento interpretativo em processos de justificação atribuídos à centralidade em princípios morais e políticos na interpretação e aplicação do direito.<sup>292</sup>

Para tanto, a integridade se revela em dois níveis: primeiramente, ela é um princípio legislativo, pois se dirige aos legisladores para admoestá-los que simples barganhas entre justiça e imparcialidade, no âmbito da produção legislativa, estão erradas; ademais, também se revela como um princípio adjudicativo, voltado aos agentes do sistema judicial, para lembrar-lhes que suas decisões e argumentos devem ter por parâmetro o corpo do direito existente naquela comunidade.<sup>293</sup> Na primeira faceta, a integridade é um princípio de correção moral; na segunda, um princípio de correção de decisão.<sup>294</sup>

O argumento jurídico nos denominados casos difíceis<sup>295</sup> será, então, o resultado de tensões entre duas dimensões de argumento: de um lado, um argumento que leva a um ajuste em relação ao que se apresenta e é aceito como direito posto e estabelecido; de outro lado, argumentos que levem em conta sérias questões de moralidade política. Ou seja, uma tensão

292 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 41.

293 GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 51.

294 Não que no campo adjudicativo não exista, também, uma espécie de correção político-moral. É que, na produção de decisões e argumentos jurídicos, o respeito ao direito existente e a atenção à correção de decisão, produz, também, uma atenção ética e moral ao sistema.

295 Leia-se: casos em que as normas legais e os precedentes ainda não produziram uma regra clara de julgamento para esta questão.

entre substância política e ajuste interpretativo<sup>296</sup>, entre direito e moral. Mas sobre qual moral está a se falar?

Defender que as decisões judiciais suplantem argumentos meramente morais não significa sustentar uma cisão entre direito e moral. Argumentos meramente morais dizem respeito a uma moral comum religiosa ou ideológica, como a judaico-cristã, que defenda, por exemplo, que condutas pecaminosas sejam juridicamente proibidas e até mesmo criminalizadas.

Ao contrário, o direito não se liga a esta ideia de moralidade, mas se volta a defender valores já conhecidos pelo Direito Natural, como a igualdade, a dignidade, a liberdade, dentre outros. Assim, o que se estabelece é uma noção política da moralidade, baseada na justiça, ou “*fair play*” no conteúdo das decisões políticas.<sup>297</sup>

O estabelecimento de uma comunidade fraterna, que justifique suas obrigações e decisões políticas, norteadas pelo bem-estar de seus membros e pela igualdade, é regido pelo que Dworkin denominou “comunidade de princípios”<sup>298</sup>, sob quatro condições: estabelecer obrigações especiais para com o grupo, ser pessoal, mostrar interesse pelo bem-estar dos outros e mostrar igual interesse por todos.<sup>299</sup>

Mais do que traçar um conceito semântico desta moralidade, o que se revelaria inócuo e arrogante, esta comunidade de princípios se volta à construção de um processo interpretativo que integre moral e direito, direcionando as decisões a serem tomadas para os parâmetros de justiça, equidade e integridade.<sup>300</sup>

Para demonstrar sua ideia de integridade, baseada nesta concepção de moral política agregada ao direito e justificadora de uma comunidade de princípios, Dworkin descreve, analisa e critica dois grandes grupos do pensamento jurídico estadunidense: o convencionalismo e o pragmatismo.

296 GUEST, 2010, p. 52.

297 PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo**: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Belém. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, 2011, p. 74. Disponível em: [http://repositorio.ufpa.br/jspui/bitstream/2011/6410/1/Tese\\_ParaAlemGarantismo.pdf](http://repositorio.ufpa.br/jspui/bitstream/2011/6410/1/Tese_ParaAlemGarantismo.pdf). Acesso em: 07 jan. 2019.

298 Dworkin estabelece três tipos de comunidade: a de fato, tratada como mero acidente de fato da história e da geografia; a de regras, na qual determinada comunidade política aceita o compromisso geral de obedecer a regras estabelecidas dentro desta comunidade; e a de princípios, onde seus membros aceitam ser governados por princípios comuns, não apenas por regras criadas por qualquer acordo político, aceitando que cada membro tem direitos e deveres neste sistema, ainda que nunca sejam expressamente declarados ou identificados. (SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e democracia**: Uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 76-77).

299 GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 88.

300 PINHO, 2011, p. 75.

Ao tratar sobre o convencionalismo em seu “O império do direito”, Dworkin apresenta uma frase que sintetiza este linha de pensamento: “O direito é o direito. Não é o que os juízes pensam ser, mas aquilo que realmente é. Sua tarefa é aplicá-lo, não modificá-lo para adequá-lo à sua própria ética ou política.”<sup>301</sup>

O convencionalismo, segundo Dworkin, possui basicamente três correntes de pensamento que partem do pressuposto de que a interpretação do direito se baseia na obediência às convenções jurídicas: seja pela leitura cega e literal dos textos jurídicos buscando constantemente a vontade do legislador<sup>302</sup>; seja pela produção de decisões judiciais que visassem a defesa tão-somente das minorias (visto que a maioria já estaria salvaguardada pelo Poder Legislativo)<sup>303</sup>; seja ainda, em oposição à primeira corrente, entender que a interpretação constitucional de um texto normativo deve ser produzida de acordo com a época em que o caso é decidido (se a vontade dos legisladores fosse atualizada, qual seria a interpretação a ser dada?).<sup>304</sup>

O convencionalismo se trata de uma atividade voltada tão-somente a descobrir o direito. Ele já está lá, só restando ao intérprete descobri-lo e revelá-lo. Volta-se ao passado para fundamentar as decisões presentes, o que provoca diversos problemas, uma vez que este apego a decisões pretéritas nem sempre permite encontrar uma melhor solução para aquela questão específica.<sup>305</sup>

Outro problema reside em admitir a discricionariedade do julgador ante a ausência de convenções para decidir acerca de questões tidas por inéditas, o que fragiliza o critério<sup>306</sup>, já que a mera vontade do julgador na produção da decisão é justamente algo que a teoria do direito visa combater.

Ademais, o intérprete sempre se voltaria a todos os legisladores de determinado assunto para buscar qual seria a verdadeira intenção dos mesmos, bem como se os legisladores posteriores tiveram intenção de alterar, modificar, revogar ou reforçar a intenção do legislador original. Ou seja, tal método se revela inócuo.

---

301 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 141.

302 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 142. A esta corrente dá-se o nome, nos Estados Unidos, de Originalismo, defendida por anos na Suprema Corte Estadunidense pelo “Justice” Antonin Scalia, para quem a interpretação dos textos jurídicos deve sempre se ater ao sentido original de sua produção, com a busca constante da vontade dos “pais fundadores” (“*Founding Fathers*”) na produção de decisões que respeitassem o correto sentido da Constituição.

303 DWORKIN, 1999, p. 431.

304 DWORKIN, 1999, p. 145.

305 DWORKIN, 1999, p. 162.

306 LORENTZ, Lutiana Nacur. O império do direito de Ronald Dworkin. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 33. n. 63, jan./jul. 2001, p. 104.

Ao lado do convencionalismo, Dworkin descreve uma teoria diametralmente oposta ao convencionalismo, a qual chamou de pragmatismo, pensamento mais preocupado com os efeitos práticos da interpretação e aplicação do direito.

Tal como na primeira teoria, aqui também apresentou três grandes grupos: em uma primeira linha de pensamento, o pragmatismo busca produzir decisões menos dispendiosas financeiramente para a comunidade; uma segunda corrente afirma que há impossibilidade de coerência entre os princípios e sua interpretação, abandonando qualquer relação de interdependência entre os mesmos, razão pela qual a solução reside na concessão de amplo poder ao decisionismo do juiz<sup>307</sup>; a terceira corrente se volta à produção de decisões voltadas à solução do caso concreto tão-somente, abandonando um caráter genérico das decisões, o que protegeria a comunidade de eventual decisão equivocada, preservando o ideário democrático daquela comunidade<sup>308</sup>. Se o bom juiz é o que busca a justiça em detrimento da lei, aqui não trata de descobrir o direito, mas em criá-lo: inventa-o em nome da justiça.<sup>309</sup>

As críticas ao pragmatismo também se revelam pela inconsistência das linhagens desta teoria. Seja porque não se tem como saber os impactos financeiros a todo momento na produção da decisão a ser aplicada, seja pelo extremo poder que concede ao julgador (o que produz grandes e desnecessários perigos à democracia), seja ainda porque o direito não é considerado como um todo, como sistema coerente, que não leve em conta nenhuma decisão acerca do assunto, acarretando em decisões incoerentes e carentes de fundamentação idônea.<sup>310</sup>

A integridade surge como uma síntese, uma terceira via entre o convencionalismo e o pragmatismo para a interpretação, cuidando e respeitando o passado sem fechar os olhos para a importância do presente e do futuro. A prática jurídica deve se dar como política de desenvolvimento voltada a afirmações jurídicas como opiniões interpretativas que levem em

---

307 Esta corrente, segundo Dworkin, é defendida por Richard Posner, Juiz aposentado e teórico estadunidense, com quem travou diversas batalhas. Conforme relata Ana Carolina da Costa e Fonseca, apenas a título de ilustração, em “Não existe mesmo nenhuma resposta certa em casos controversos?” (*Is there really no right answer in hard cases?*), de Ronald Dworkin, e “Há respostas certas para questões jurídicas?” (*Are there right answers to legal questions?*), de Richard Posner, ambos demonstram seus pontos de vista e suas divergências (FONSECA, Ana Carolina da Costa e. **Dworkin e Posner acerca da existência de respostas certas para as questões jurídicas**: a reconstrução de um debate. Veritas, Porto Alegre, v. 56. n. 3, set./dez. 2011. p. 64). Não se pode deixar de notar semelhança desta corrente com o pensamento convencionalista, sobretudo pela forma de lidar com a discricionariedade quando da ausência de decisões pretéritas para influenciar a solução a ser apresentada.

308 LORENTZ, Lutiana Nacur. O império do direito de Ronald Dworkin. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 33. n. 63, jan./jul. 2001, p. 105-106.

309 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 11.

310 LORENTZ, 2001, p. p. 106-107.

conta os fundamentos do convencionalismo e do pragmatismo, destinada, de forma a buscar sempre a melhor interpretação possível diante de um caso difícil.<sup>311</sup>

Dworkin apresenta a integridade como princípio a ser buscado na aplicação do direito. Para ele, a integridade:

É tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade – e como origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda.<sup>312</sup>

O direito como integridade nem se prende ao passado, como deseja o convencionalismo, nem se volta exclusivamente às necessidades do presente e do futuro, como fazem os pragmatistas. Não se preocupa nem em descobrir, nem em inventar o direito: antes o revela. Como conceito interpretativo, o direito se assenta no estabelecimento de uma prática argumentativa, voltada à resolução dos problemas humanos.

Desta forma, interpretar é atribuir propósito a um objeto ou prática através de um processo criativo e construtivo, sempre baseado na reflexão crítica sobre determinada prática social, buscando sempre a intenção do intérprete – e seus limites<sup>313</sup> –, e não a do interlocutor, como ocorre na interpretação conversacional.<sup>314</sup>

Para ilustrar seu pensamento, Dworkin apresenta a integridade do direito como um “romance em cadeia”<sup>315</sup>: nesta figura de linguagem, cada escritor, na medida em que se depara com os capítulos do livro, a ser produzido por várias mãos, já escritos por outros

311 HOMMERDING, Adalberto Narciso; LIRA, Cláudio Rogério Sousa. A teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin como condição para a positivação do direito. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 31, n. 1, jan./jun. 2015, p. 100.

312 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 273.

313 “Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam. Daí que não se segue, mesmo depois dessa breve exposição, que um intérprete possa fazer de uma prática ou de uma obra de arte qualquer coisa que desejaria que fossem, que um membro da comunidade hipotética fascinado pela igualdade, por exemplo, possa de boa-fé afirmar que, na verdade, a cortesia exige que as riquezas sejam compartilhadas. Pois a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis destes últimos, ainda que, como se verá, a natureza dessa coerção deva ser examinada com cuidado. Do ponto de vista construtivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto”. (DWORKIN, 1999, p. 63-64).

314 PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo**: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Belém. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, 2011, p. 82. Disponível em: [http://repositorio.ufpa.br/jspui/bitstream/2011/6410/1/Tese\\_ParaAlemGarantismo.pdf](http://repositorio.ufpa.br/jspui/bitstream/2011/6410/1/Tese_ParaAlemGarantismo.pdf). Acesso em: 07 jan. 2019.

315 Dworkin chamou originalmente de “chain novel”, conforme relata OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 54, jan./jun. 2009, p. 95).

escritores, deve dar continuidade ao livro, respeitando os parâmetros já estabelecidos e criando outros que auxiliem os escritores que venham a seguir, evitando um novo começo ou uma finalização precoce da obra, buscando a coerência com o que já foi escrito, o zelo e a responsabilidade destinado àqueles que irão escrever e sempre uma busca pela melhor interpretação quando duas ou mais sejam possíveis.<sup>316</sup>

Como prática social interpretativa e argumentativa, o direito deve ser compreendido como um processo capaz de se corrigir e que se dá ao longo da história institucional de forma reflexiva, à luz dos princípios jurídicos da moralidade política, que dão sentido a esta história.<sup>317</sup>

Em decorrência destas premissas de uma integridade que sintetize a coerência com o passado e o zelo para o presente e o futuro, Dworkin desenvolve a teoria da única resposta correta, que se firma em uma concepção interpretativa de verdade e objetividade de uma proposição, que esteja justificada pelos melhores argumentos disponíveis<sup>318</sup>. É uma questão de postura ou atitude, interpretativa, auto-reflexiva, crítica, construtiva e fraterna, que se revela como uma questão moral e jurídica, jamais metafísica.<sup>319</sup>

No contexto jurisdicional, pautado pela busca da resposta correta, a integridade vai requerer que o julgador<sup>320</sup> maximize seu agir para tratar o sistema de normas com coerência de princípios, visando encontrar normas implícitas dentro das normas explícitas, valendo como primeira “ratio” por se estar a cuidar do Estado Democrático de Direito, regulando o poder coercitivo do Estado e sua interferência na vida em sociedade.<sup>321</sup>

Entretanto, esta coerência não se trata de, tão-somente, tratar casos semelhantes com a mesma decisão. Como asseveram Hommerding e Lira:

A prestação jurisdicional alicerçada na integridade utiliza um padrão de coerência, não na forma estrita, possibilitando ao juiz maior abrangência e imaginação para decidir corretamente em situações complexas. Esse é um dos fundamentos maiores para que se negue o pragmatismo na atividade jurisdicional. É por isso que Dworkin afirma que a concepção do direito erigida sobre o princípio interpretativo da integridade deixa muito menos espaço para argumentos práticos.<sup>322</sup>

316 DWORKIN, 1999, p. 277-279.

317 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte. n. 54. jan./jun. 2009. p. 95.

318 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 48.

319 OLIVEIRA, 2009, p. 92.

320 Para a presente dissertação, esta responsabilidade exigida pela integridade transcende ao julgador, mas atinge também e principalmente aos envolvidos/atingidos no conflito penal com o objetivo de se construir e obter uma melhor resposta.

321 HOMMERDING, Adalberto Narciso; LIRA, Cláudio Rogério Sousa. A teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin como condição para a positivação do direito. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 31, n. 1, jan./jun. 2015, p. 101.

322 HOMMERDING, 2015, p. 101.

As decisões judiciais necessitam de justificação, argumentação e fundamentação. O Judiciário não lança mão somente de regras ao produzir seus julgamentos, mas de, pelo menos, regras e princípios<sup>323</sup>, voltados a impedir a discricionariedade do julgador. A integridade se dirige, portanto, à produção de decisões coerentes que evitem o pragmatismo judicial.<sup>324</sup>

A faceta judiciária da integridade se dirige, nesta senda, a instruir os julgadores a identificar quais são os direitos e deveres pertencentes àquela comunidade, até onde seja possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados pelo mesmo autor – a comunidade – como expressão de uma corrente coerente de justiça e equidade. Assim,

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem os casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Tentam fazer o melhor possível essa estrutura e esse repositório complexos.<sup>325</sup>

A integridade se revela como uma sofisticação ao princípio da igualdade, sob o qual Dworkin reconstrói a justiça como fórmula de redundância.<sup>326</sup> A igualdade não se dará na aplicação cega de uma mesma decisão a casos similares ou semelhantes, mas sim na ação direcionada a um conjunto único e coerente dos princípios existentes na comunidade.

E neste ponto, retornamos ao relacionamento existente entre direito e moral, pois a integridade do direito reside no nível da racionalidade ética ao defender um compromisso com

---

323 “Para Dworkin, a origem dos princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão daquilo que é ‘apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo. A continuidade de seu poder depende da manutenção dessa compreensão do que é apropriado’. Ou seja, a reconstrução interpretativa que determina a existência ou não de princípios e sua validade são feitas pelo juiz; portanto, aqui fica claro que segundo Dworkin os discursos de aplicação e justificação se fundem em um só no sistema jurídico. Os princípios decorrem da atividade interpretativo-reconstrutiva do juiz, ou seja, em uma terminologia luhmanniana, o sistema jurídico produz os seus próprios critérios de decisão à medida que põe em movimento a sua autopoiesis”. (SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e democracia**: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 74).

324 HOMMERDING, Adalberto Narciso; LIRA, Cláudio Rogério Sousa. A teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin como condição para a positivação do direito. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 31, n. 1, jan./jun. 2015, p. 102.

325 DWORKIN. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 305.

326 Redundância é tudo aquilo que tem algum histórico, que não seja novo na comunicação. É a informação que já está disponível para o processamento de informações. Um bom exemplo do que seja “fórmula de redundância” é a função do precedente, que serve de parâmetro para outras decisões, mas que para Dworkin não se limita tão somente a esta função. (BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Precedentes segundo a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann: elementos para reconsiderar a crítica do distanciamento do Common Law e do Civil Law. **Arquivo Jurídico**, Teresina, v. 2, n. 2, jul./dez. 2015, p. 126).



a moral e a ética, que preserve os valores sociais ao máximo, principalmente se atentando à igualdade.<sup>327</sup>

A inserção de elementos morais na interpretação do direito tem o condão de apresentar um método de interpretação capaz de inspirar o sistema jurídico e de revelar a interpretação como elemento essencial para a aplicação do direito, sobretudo em questões onde se revele a aparente tensão ocorrida nos denominados casos difíceis.

E neste ponto, a construção do discurso no processo penal moderno, seja de quem profere o julgamento seja dos demais envolvidos/atingidos no referido contexto, deve levar em conta a integridade. Além de se dirigir ao legislador (quando exige que o mesmo produza a lei com igual consideração e respeito a todos os cidadãos) e ao aplicador/julgador (quando requer que as decisões se reportem ao corpo do direito existente), também se adjudica aos demais participantes no processo, na medida em que exige que os mesmos atuem com coerência ante o sistema em que se encontram e com responsabilidade ao apresentar as soluções, levando em conta as necessidades presentes dos participantes e da comunidade onde se insere a questão apresentada.

A formação do discurso do (e no) direito se aproxima, nesta perspectiva, do agir comunicativo de Habermas, pois se volta à produção de espaços ideais de fala, onde as partes podem desenvolver procedimentos que facilitem a obtenção do consenso, bem como se relaciona com a ética do discurso, ao destinar o processo comunicativo e dialógico a um caminho rumo ao conhecimento, que se produzirá através da participação dos envolvidos/atingidos no fato em análise do processo penal.

Neste diapasão, a integridade é atingida na medida em que legislador, julgador e envolvidos/atingidos atendam no processo penal aos preceitos de correção moral, de decisão e porque não de participação, o que nos remete à ideia de democracia, elemento de proteção de direitos e realização da vontade das maiorias, seja nos espaços tradicionais (representatividade democrática pelo voto – Casas Legislativas e Chefias do Poder Executivo), seja ainda, e aqui principalmente, nos espaços até então não percebidos: os procedimentos judiciais e a participação democrática dos envolvidos/atingidos na elaboração de soluções racional e eticamente fundamentadas.

#### **4.2 Democracia: a institucionalização de procedimentos discursivos como instrumento de legitimação do processo judicial**

---

327 HOMMERDING, 2015, p. 107.

A democracia<sup>328</sup>, como governo do povo<sup>329</sup>, ainda é a forma mais legítima que se tem notícia para alcançar as aspirações de uma determinada sociedade. Como decorrência lógica do princípio republicano, nenhum elemento integrante de determinada sociedade pode, em tese, ser afastado da atuação da vida pública, pois todos têm o direito e o dever de participar das decisões que perpassem ao ideário do bem comum social.<sup>330</sup>

Assim, a democracia se revela como a primeira grande questão nos temas do constitucionalismo moderno, elevado ao status de moralidade pública, ao lado dos direitos fundamentais, resultando, democracia e direitos fundamentais, em fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do denominado Estado democrático de direito, determinando, inclusive, a própria razão de ser do Estado moderno.<sup>331</sup>

Mas além de se revelar como o poder ou a soberania do povo, atualmente a democracia implica na noção de uma autogestão coletiva que se realize pelo povo, não apenas como seu destinatário, mas como verdadeiro protagonista na criação do ordenamento jurídico e das estruturas do Estado.<sup>332</sup> Deste modo,

Em um certo sentido, a democracia representa a projeção política da autonomia pública e privada dos cidadãos, alicerçada em um conjunto básico de direitos fundamentais. A própria regra da maioria só é moralmente justificável em um contexto no qual os membros da comunidade são capacitados como agentes morais emancipados e tratados com igual respeito e consideração. Seu fundamento axiológico é o valor igualdade, transubstanciado juridicamente no princípio da isonomia, do qual se origina o próprio princípio da maioria como técnica de deliberação coletiva.<sup>333</sup>

Assim, como técnica de deliberação coletiva, o respeito às decisões da maioria não significa uma legitimação ao desrespeito de direitos e interesses afetos aos grupos minoritários.

---

328 “Pode concluir-se que por Democracia se foi entendendo um método ou um conjunto de regras de procedimento para a constituição de Governo e para a formação das decisões políticas (ou seja das decisões que abrangem a toda a comunidade) mais do que uma determinada ideologia.” (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução: Carmen C. Varriale *et alli*. Coordenação de Tradução: João Ferreira. Revisão geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: Universidade de Brasília, 1998, p. 326).

329 Ou, nas palavras de Fábio Konder Comparato, a “soberania do povo” (COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno**. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 642).

330 COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno**. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 641.

331 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 49.

332 SOUSA, Pedro Ivo de. **Legitimidade do controle judicial brasileiro de políticas de segurança pública**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2009, p. 36-37. Disponível em: [www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp100310.pdf](http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp100310.pdf). Acesso em: 13 jan. 2019.

333 BINENBOJM, 2006, p. 50.

Respeitar e garantir direitos fundamentais que representam os valores e interesses escolhidos pela maioria da sociedade no momento da decisão denota um apreço pela soberania popular. Estabelecer limites no manejo destes direitos protege não apenas os grupos minoritários, mas mantém os interesses de toda a sociedade, mesmo em momentos que as maiorias eventuais possam governar, o que também justifica o papel do Judiciário na solução destas demandas, arrefecendo o poder das maiorias voltado a sufocar as minorias.<sup>334</sup>

A democracia, portanto, envolve uma ação coletiva orquestrada e executada pelo povo, ainda que através de representantes em alguns momentos. Para Dworkin, estas ações coletivas são de basicamente duas ordens: estatística e comunitária. Diz-se estatística quando um grupo faz algo ligado meramente a uma função, rudimentar ou específica, a qual os seus membros a realizam por si mesmos, sem a noção de que agem como um grupo. Ou seja, trata-se de uma figura de linguagem tão-somente estatística.<sup>335</sup>

Caso, por exemplo, afirme-se que o povo brasileiro aspira por medidas mais enérgicas contra a corrupção, nenhum brasileiro pode tornar, por si só, verdadeira tal assertiva. Esta afirmação, na maioria das vezes retórica, só faz algum sentido se um senso comum de maioria se estabelece no sentido de que “uma parte considerável” dos brasileiros quer que a corrupção seja tratada de modo mais sério.

Por outro lado, uma ação coletiva comunitária transcende a ideia rudimentar estatística e se revela como uma prática de um grupo entendido como uma entidade a parte ou como um fenômeno. Usando o exemplo de Dworkin, uma orquestra pode tocar uma sinfonia, mas nenhum músico, sozinho, pode. Ainda que cada músico, individualmente, possa tocar isoladamente a sua partitura, a sinfonia só faz sentido se todos fizerem a sua parte para a consecução de um objetivo coletivo, e não apenas como recitais isolados de cada músico ou grupo de instrumentos.<sup>336</sup>

Assim, numa democracia, decisões são tomadas ora em uma concepção estatística – atendendo a alguma função estabelecida pela decisão da maioria – ora em atendimento ao anseio comunitário – decisões tomadas pelo povo considerado como entidade distinta, diferentemente do arranjo estabelecido entre indivíduos ou grupos comunitários – atendendo à

---

334 SOUSA, Pedro Ivo de. **Legitimidade do controle judicial brasileiro de políticas de segurança pública**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2009. p. 38.

Disponível em: [www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp100310.pdf](http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp100310.pdf). Acesso em: 13 jan. 2019.

335 DWORKIN, Ronald. Constitucionalismo e democracia. Tradução: Emílio Peluso Neder Mayer. **European Journal of Philosophy**, n. 3:1, 1995, p. 3-4. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/44472543/dworkin-constitucionalismo-e-democracia>. Acesso em: 16 nov. 2018.

336 DWORKIN, 1995, p. 4.

ideia de Rousseau de um governo pela vontade geral, ao invés de mera soma de interesses individualmente isolados.<sup>337</sup>

A democracia não se revela como um conceito meramente estático e abstrato, mas como um processo perene de afirmação da vontade do povo e de garantia de direitos fundamentais ao longo da história, traçando umbilicalmente as relações entre o povo e o poder. Ou seja, a ideia fundamental da democracia reside na determinação normativa do tipo de convívio de um povo voltado a este mesmo povo, através de codificação das prescrições desejáveis reveladas pela competição dos interesses envolvidos, através de alternativas e possibilidades eficazes de legislação política.<sup>338</sup>

Democracia só existe com o povo que participe ativamente, e só existe povo ativo onde exista respeito substancial aos direitos pertencentes aos indivíduos isoladamente considerados e que pertençam, de alguma forma, àquele povo, e que se responsabilize por estabelecer quais são os interesses fundamentais para a convivência e manutenção das relações sociais, a serem criados e descobertos a partir dos debates estabelecidos dentro desta mesma comunidade.<sup>339</sup>

Inicialmente, esta concepção de democracia se apresenta como estrutura formal de legitimação poder enquanto vontade coletiva de todos. Nesta lógica, a democracia se aperfeiçoa pela combinação de procedimentos tidos por democráticos, consubstanciados por métodos direcionados à tomada de decisões, sobretudo métodos de aferição da vontade das majorias<sup>340</sup>, sem se preocupar com o conteúdo destas decisões. No campo político, é um processo que envolve negociações e formas de argumentação dentro do procedimento legislativo.<sup>341</sup>

Neste contexto, a função do direito, segundo Habermas, é a de gerar integração social<sup>342</sup>, a partir da regeneração dos sistemas políticos e econômicos, da viabilização de

---

337 DWORKIN, Ronald. Constitucionalismo e democracia. Tradução: Emílio Peluso Neder Mayer. **European Journal of Philosophy**, n. 3:1, 1995, p. 3-4. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/44472543/dworkin-constitucionalismo-e-democracia>. Acesso em: 16 nov. 2018, p. 5. Habermas identifica a democracia como núcleo de um sistema de direitos que resulta da interligação existente entre o seu princípio do discurso e a forma jurídica, legitimando o processo de normatização. Ainda, estas normas jurídicas devem poder ser seguidas com discernimento, afastando a ideia de autolegislação por parte de cidadãos pela dedução da autolegislação moral de pessoas singulares. (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 158).

338 MÜLLER, Friederich. **Quem é o povo: a questão fundamental da democracia**. Tradução: Peter Naumann. Revisão de Paulo Bonavides. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 57.

339 MÜLLER, 2003, p. 57.

340 BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. Democracia procedimental e democracia substantiva: entre um relativismo axiológico absoluto e um absolutismo axiológico relativo. *In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI*, 20., 2011. Belo Horizonte. **Anais [...]**, Belo Horizonte, 2011, p. 9328.

341 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 9.

342 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 100-101.

comunicação entre os sistemas e o denominado “mundo da vida”<sup>343</sup>, e ainda na forma de um sistema de ação por meio da qual as instituições jurídicas se reproduzem nas tradições jurídicas socialmente compartilhadas e pelas capacidades subjetivas de interpretação do direito no mundo da vida.<sup>344</sup>

Habermas, ao relatar a democracia como processo de formação do direito, apresenta uma gênese lógica, assim reconstruída:

Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo co-originário.<sup>345</sup>

Neste contexto, o processo democrático é produzido através do princípio do discurso, que confere força legitimadora ao processo normativo, buscando e oferecendo o substrato real do sentido a ser atribuído ao direito.<sup>346</sup>

Ao lado desta visão habermasiana, para se garantir, ao mesmo tempo, o respeito às decisões majoritárias e aos interesses individuais minoritários surgiram teorias denominadas substantivas ou materiais<sup>347</sup>, que se afastam desta concepção procedimentalista ou formal de

343 O termo “mundo da vida”, criado por Edmund Husserl e parcialmente adotado por Habermas, refere-se ao “amplo espaço de experiências mostrengas, certezas pré-categoriais, relações intersubjetivas e valores que nos são familiares no trato cotidiano com os homens e as coisas. Dessa forma, ele evidencia que o sujeito, enquanto tal, tem um mundo ao seu redor e a ele pertence – como os demais seres –, não necessitando recorrer à ciência experimental para afirmar a certeza disso. Não se trata, portanto, do mundo na atitude natural [...] mas é o mundo histórico-cultural concreto, das vivências cotidianas com seus usos e costumes, saberes e valores, ante os quais se encontra a imagem do mundo elaborado pelas ciências”. (PIZZI, Jovino. **O mundo da vida**: Husserl e Habermas. Ijuí: Unijuí, 2006, p. 63). Assim, o mundo da vida se revela em um conjunto de modelos consensuais de interpretação, lealdade e práticas. Habermas, entretanto, acrescenta que o mundo da vida é a junção de três elementos: cultura, sociedade e personalidade, no qual a linguagem cumpre função primordial. (HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la acción comunicativa**: Racionalidad de la acción y racionalización social. v. II. Tradução: Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Taurus, 1999, p. 196).

344 SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e democracia**: Uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.125-126.

345 HABERMAS, 1997, p. 158.

346 SOUSA, Pedro Ivo de. **Legitimidade do controle judicial brasileiro de políticas de segurança pública**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2009, p. 39. Disponível em: [www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp100310.pdf](http://www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp100310.pdf). Acesso em: 13 jan. 2019.

347 Sobre o debate entre as teorias substancialistas e procedimentalistas, ver: HOMMERDING, Adalberto Narciso. Constituição, poder judiciário, e estado democrático de direito: a necessidade do debate “procedimentalismo versus substancialismo”. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre. 2006. Disponível em: [sisnet.aduaneiras.com.Br/lex/doutrinas/arquivos/310807.pdf](http://sisnet.aduaneiras.com.Br/lex/doutrinas/arquivos/310807.pdf). Acesso em: 23 jul. 2018.; e LEAL, Mônia Clarissa Hening. Dworkin X Habermas, uma discussão acerca da legitimidade da jurisdição constitucional entre substancialismo e procedimentalismo: novas perspectivas. **Revista de direito administrativo e constitucional**, Curitiba. Ano 4. n. 17. 2004. Disponível em: [www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/606](http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/606). Acesso em: 23 jul. 2018.

proteção da democracia, voltando-se à proteção de valores estabelecidos como direitos fundamentais, dentre as quais se destaca o “*judicial review*”, doutrina estadunidense que influenciou a Europa pós-guerra<sup>348</sup> e a doutrina brasileira.

Por esta teoria, a Constituição é protegida materialmente pelo Judiciário, que possui o poder de analisar e rever medidas emanadas pelo Poder Legislativo que se choquem com os valores estampados no texto constitucional. Obviamente que tal teoria não passa sem críticas, na medida em que permite que agentes não escolhidos diretamente pelo povo possam anular decisões produzidas pelo Parlamento, o que revelaria um suposto caráter antidemocrático e produzindo tensões entre a jurisdição constitucional e a democracia.<sup>349</sup>

Rebatendo esta linha de raciocínio, Dworkin, legítimo representante do pensamento substancialista, afirma que não há nada de antidemocrático em permitir que o Poder Judiciário decida casos em que ocorrem tensões evidentes entre a maioria e os interesses da minoria. Deixar que questões polêmicas sejam decididas, primordialmente, por processos democráticos sufocaria interesses individuais, na medida em que as decisões seriam proferidas e justificadas, tão-somente, sob argumentos e opiniões morais pertencentes ao grupo majoritário.<sup>350</sup>

Por exemplo, decisões sobre uniões homoafetivas e aborto sempre causam acalorados debates, baseados, sobretudo, por argumentos meramente morais<sup>351</sup>, a despeito de justificações jurídicas ou calcadas no respeito aos direitos fundamentais. Assim, se o desejo da maioria é atendido nestes casos, na medida de impedir que as minorias hajam como entendem melhor para o campo de atuação de suas esferas privadas, esta restrição de liberdade, segundo o jurisfilósofo estadunidense, é uma negação clara da igualdade de representação<sup>352</sup>, na medida em que a maioria impõe à minoria um estilo de vida que não encontra respaldo na comunidade de princípios e suas concepções políticas, éticas e morais.

A fronteira entre política e justiça no mundo atual vem se demonstrado cada vez mais tênue, proporcionando que o Poder Judiciário se projete para decidir questões que classicamente seriam tomadas pelo Poder Executivo ou Legislativo, surgindo o que se

---

348 Ainda que a Europa rechace ao controle difuso de constitucionalidade como modelo de justiça constitucional, a proteção de direitos fundamentais, a partir da 2ª Guerra Mundial, tem forte influência do modelo estadunidense (KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia*. Florianópolis. **Sequência**, n. 56, 2008, p. 157).

349 KOZICKI; BARBOZA, 2008. p. 157.

350 DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo. Martins Fontes. 2001. p. 99.

351 Argumentos religiosos e politicamente enviesados, por exemplo, diferentemente de argumentos políticos baseados em pontos eticamente aceitáveis pela comunidade de princípios.

352 DWORKIN, 2001, p. 99-100.

denomina como “judicialização da política”<sup>353</sup>, como decorrência da proteção de direitos individuais frente às vontades majoritárias que, em nome da liberdade de uma concepção estatística da democracia, solapa a igualdade, na medida em que impede os indivíduos de efetivarem seus interesses pessoais por argumentos meramente morais defendidos pela maioria.

Como visto, este cenário não reverbera a definição correta da democracia. Ao contrário, relega-a a mero preceito estatístico, afastando a essência primordial desta forma legítima de governo: a proteção dos direitos.

No processo penal, há de se destacar uma distinção marcante entre regimes autoritários e democráticos. Um sistema criminal em um regime autoritário certamente será marcado pela arbitrariedade, segredo e brutalidade de suas práticas, ao passo que um regime democrático buscará um equilíbrio com o exercício da autoridade estatal, com o estímulo à participação da sociedade na composição da justiça e com a sujeição de todos, especialmente os agentes públicos, à lei e não ao governo.<sup>354</sup>

Se a democracia convoca o povo para a sua participação na vida pública, as partes envolvidas não podem ser vistas como meros espectadores do provimento judicial. Se a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado democrático de direito, conforme diz o art. 1º, “caput”, da Constituição de 1988, a função jurisdicional, enquanto atividade essencial desenvolvida pelo Estado, deve ser alcançada pelo espectro democrático.<sup>355</sup>

A legitimação das decisões pelo Poder Judiciário deve passar pela efetiva garantia de participação dos cidadãos no fato delitivo socialmente relevante para a formação da decisão judicial. Assim, deixam os envolvidos/atingidos, sobretudo acusado e vítima, de serem vistos como objetos da ação estatal e passam ao status de sujeitos do e no processo penal, portadores de direitos fundamentais, principalmente para que seus discursos nesta seara sejam ouvidos e considerados para a construção de uma melhor decisão.<sup>356</sup>

Se o processo penal em um Estado democrático de direito, onde a liberdade é maximizada e o poder de punir diminuído, volta-se à proteção do indivíduo, especialmente ao

---

353 OLIVEIRA, Vanessa. Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, p. 559-587. 2005, p. 559.

354 CRUZ, Rogério Schietti Machado. Rumo a um processo penal democrático. **Direito em Ação**, Brasília, v. 12, n. 1, jan./jun. 2014, p. 172. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/dex.php/RDA/article/view/5867/3814>. Acesso em: 14 jan. 2019.

355 REIS, Iaci Pelaes dos. A participação das partes como condição de legitimidade da decisão judicial. In: CONGRESSO NACIONAL CONPEDI, 24., 2014, João Pessoa. **Anais [...]**. João Pessoa: UFPB, 2014, p. 77.

356 REIS, 2014.

acusado, esta proteção não será adequada se este indivíduo for tratado como mero acessório processual, sem vez nem voz para a construção de uma justa decisão.<sup>357</sup>

Por outro lado, outros atores processuais, destacando-se a vítima, em se tratando de um processo democrático, também devem fazer parte da construção das decisões na esfera penal, como forma de legitimar ainda mais as soluções apresentadas, bem como causar uma efetiva pacificação social, uma vez que os envolvidos/atingidos participam e apontam soluções plausíveis ao desfecho do processo.

Um processo penal democrático se revelará em um equilíbrio entre os anseios da sociedade pela efetividade do sistema criminal e o respeito às conquistas civilizatórias que limitam a atividade repressora do Estado<sup>358</sup>, no que deve dar preciosa contribuição o Poder Judiciário, com uma postura dialógica e participativa, afastando-se do papel de soberano protagonista da relação processual<sup>359</sup>, destinado a proferir a última palavra, definindo e decidindo as questões criminais sem oportunizar que os envolvidos/atingidos tenham a oportunidade de se fazerem ouvir e participar ativamente da construção de uma melhor solução que leve à pacificação social.

Assim, para se obter um processo penal democrático deve-se flexibilizar, quiçá abandonar, velhas premissas que sempre nortearam o direito público, onde se insere o direito processual penal, premissas estas que não mais se justificam, de modo absoluto e definitivo, no atual estágio do pensamento sobre o Estado.

Cabe, portanto, a partir de agora, analisar a relação do Estado, principalmente o Poder Judiciário, com o sistema penal no curso da história, demonstrando os motivos da crise deste modelo consubstanciado no paternalismo estatal que sempre tratou o acusado como coadjuvante do processo e a vítima como mero objeto, passível, inclusive, de reiterada vitimização secundária, ante a insensibilidade e até mesmo o desprezo dos órgãos públicos com as necessidades e expectativas deste importante personagem no contexto criminal.

#### 4.3 A crise do sistema penal: o paternalismo estatal e o aumento de demandas

---

357 CRUZ, Rogério Schietti Machado. Rumo a um processo penal democrático. **Direito em Ação**, Brasília, v. 12, n. 1, jan./jun. 2014, p. 173. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/dex.php/RDA/article/view/5867/3814>. Acesso em: 14 jan. 2019.

358 CRUZ, 2014, p. 222-223.

359 REIS, Iaci Pelaes dos. A participação das partes como condição de legitimidade da decisão judicial. In: CONGRESSO NACIONAL CONPEDI, 24., 2014, João Pessoa. **Anais [...]**. João Pessoa: UFPB, 2014, p. 91.



O sistema penal deve ser entendido no contexto em que acontece: aspectos históricos, socioeconômicos e o pensamento técnico-científico são extremamente relevantes para analisar sua formação e estrutura. Ao lado disso, o sistema, e consequentemente o processo penal, estão diretamente ligados às necessidades do Estado, à realidade da vida em sociedade e ao comportamento popular.<sup>360</sup>

A grosso modo, o modo de lidar com os conflitos penais pode ser dividido em dois modelos principais: um que envolve a participação direta das partes, outro que se caracteriza por um sistema vertical punitivo. O que diferencia estes meios é a participação da vítima na resolução destes conflitos.<sup>361</sup>

Atualmente, com a predominância de uma neutralização da vítima na participação mais ativa na resolução dos conflitos penais, o sistema penal apresenta pelo menos quatro características que remontam ao pensamento medieval, e que imperam até hoje: i) a imposição de um poder exterior e superior aos indivíduos nos problemas penais, que se submeterão às decisões deste poder; ii) o aparecimento de um personagem até então novo: o procurador, que se apresenta como representante do soberano, afastando a vítima da resolução do conflito sob o argumento de que o dano provocado em outra pessoa é um dano provocado às leis e à ordem do reino, fazendo o poder político se apossar dos procedimentos judiciais; iii) em substituição à ideia de dano, aparece, junto com a figura do procurador, a noção de infração, como ofensa de um indivíduo à ordem, ao Estado, à lei, à sociedade, à soberania e ao soberano; iv) por fim, ao lado das figuras do procurador e da infração, surge a ideia de que o soberano não só é atingido com o crime, como faz jus a uma reparação, o que fez surgir grandes confiscos em favor da coroa.<sup>362</sup>

Deste modo, o sistema penal atual ainda se apresenta em uma estrutura centralizada e hierarquizada, com o monopólio da coação para o controle social e a manutenção de um poder centralizado, excluindo, como regra, a vítima na resolução do problema penal, calcado em

---

360 OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no processo penal**: uma alternativa para a crise do sistema criminal. São Paulo: Almedina, 2015, p. 15.

361 OLIVEIRA, 2015, p. 16. Enquanto este autor afirma que não houve entre estes modelos uma relação de sucessividade, mas sim uma alternância entre eles ao longo da história e até coexistência em alguns períodos, Roger de Melo Rodrigues apresenta estes modelos, aos quais chama de Protagonismo (ou Idade de Ouro da vítima) e Neutralização, como movimentos consecutivos e não alternantes ou concomitantes (RODRIGUES, Roger de Melo. **A tutela da vítima no processo penal brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 31-42).

362 FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2002, p. 65-67.

uma racionalidade de um direito justo e garantidor do sistema como meio necessário para o convívio dos indivíduos.<sup>363</sup>

Por outro lado, a história revela que o Poder Judiciário foi, seguramente, o elemento de Estado que mais sofreu mudanças. Desde o século XIX, quando surge uma nova ordem política mundial, a que alguns autores denominam de “Estado liberal”, passando pelo denominado “Estado providência”, até os dias atuais, onde se afirma existir uma crise deste Estado providência.<sup>364</sup>

De um elemento estatal politicamente neutralizado, vinculado cegamente aos preceitos da legalidade, da segurança jurídica, dispositivo e inquisitivo<sup>365</sup>, características do Estado liberal, viu a ascensão do Estado providência, onde a separação de poderes entra em colapso, principalmente pelo protagonismo pretendido pelo Poder Executivo, acarretando em novo instrumentalismo jurídico causado por uma inflação legislativa destinada a declarar direitos e promover o bem-estar social, o que torna o Estado um prestador de direitos, vinculado positivamente aos mesmos, contrariando o período anterior, onde o vínculo era meramente de abstenção, negativo. Ou seja, se os direitos anteriormente eram exercidos contra o Estado, passam a ser prestados pelo Estado.

Com a crise do Estado providência, caracterizada pela impossibilidade estatal em atender as crescentes demandas dispostas ao seu encargo em detrimento da diminuição das contribuições para tanto, e pelo congelamento da máquina estatal, que não acompanha a dinâmica econômica e social, fazendo crescer a ineficiência dos serviços públicos prestados, a participação do Poder Judiciário cresce exponencialmente para reverter o fenômeno mais perceptível desta crise: as desigualdades sociais.<sup>366</sup>

Aliado a este fato, surge também uma grave crise na representação política, que ocasiona o aumento de problemas sociais que passam do controle político para o controle jurisdicional, na medida em que a classe política vai perdendo sua legitimidade, sobretudo, pela corrupção e ineficiência.<sup>367</sup>

---

363 OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no processo penal**: uma alternativa para a crise do sistema criminal. São Paulo: Almedina, 2015, p. 25.

364 SANTOS, Boaventura de Sousa. MARQUES, Maria Manuel Leitão. PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Oficina do CES (Centro de Estudos Sociais)**, Coimbra, n. 65, 1995, p. 16. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/65.pdf>. Acesso em: 05 out. 2017.

365 O art. 2º do atual Código de Processo Civil brasileiro revela assim os princípios dispositivo e inquisitivo: “O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”.

366 SANTOS; MARQUES, 1995, p. 11-13.

367 CARDOSO, Henrique Ribeiro; COSTA, Ilton Ribeiro da; SOUSA JÚNIOR, Eliezer Siqueira de. Consensual jurisdiction: organization and instruments of the new procedural system. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 01, n. 50, p. 76-98. 2018, p. 82.

Todos estes fatores contribuem para que o Poder Judiciário seja cada vez mais demandado para resolver problemas que os outros setores do estado e da sociedade não conseguem resolver. Como reflexo deste contexto, desde brigas frívolas entre vizinhos até demandas que envolvem conhecimento denso e complexo da área de saúde batem às portas do Poder Judiciário diuturnamente, com a finalidade de resolverem problemas que as áreas originárias não conseguiram solucionar.

Isto explica, em parte, a necessidade que a sociedade brasileira tenha pela submissão de suas demandas ao Poder Judiciário, agregado aos seguintes fenômenos: aumento de implementação de direitos sociais<sup>368</sup>; exigência de decisões mais concretizadoras destes direitos (ainda que dentro do limite da razoabilidade)<sup>369</sup>; crescimento da população, aumento do número de universidades, de advogados e de tribunais; globalização; desenvolvimento econômico, social e cultural; acesso à informação e a conscientização quanto aos direitos e às formas de acesso; aparecimento e fortalecimento às demandas de massa e à defesa coletiva dos direitos, dentre outros.<sup>370</sup>

Rodolfo de Camargo Mancuso aponta como concausas para a crise numérica dos processos judiciais: a cultura demandista ou judiciarista, vista como manifestação da cidadania; a fúria legislativa, que provoca discrepâncias interpretativas, fomenta litígios e sobrecarrega a pauta da Justiça estatal<sup>371</sup>; a judicialização da política e a politização do Judiciário; o ativismo judicial em boa parte fomentado pela leniência dos demais poderes; uma crise de efetividade prática dos comandos judiciais; a desigual distribuição de ônus e encargos processuais entre os litigantes habituais e eventuais; o gigantismo judiciário, que

---

368 “Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Revista Fabris, 1988. Reimpresso em 2002, p. 10-12).

369 OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006, p. 346.

Disponível em:

<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/3084/Disserta%20o++Ana+Carolina+Lopes+Olsen.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 jan. 2019.

370 BOCHENEK, Antônio César. A litigiosidade cível e a Justiça Federal brasileira. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, n. 25, 29 ago. 2008, p. 2. Disponível em: [http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/61919/litigiosidade\\_civel\\_justica\\_brasileira.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/61919/litigiosidade_civel_justica_brasileira.pdf). Acesso em: 15 jan. 2019. Importante registrar que o presente relato ao possui o condão de externar nenhum juízo de valor: o aumento das demandas judiciais tem aspectos positivos e negativos, o que não é analisado neste momento.

371 Dentro da cultura nacional, fica fácil perceber porque ocorre esta “inflação legislativa”: já que “papel aceita tudo”, a solução legislativa se revela imediatista e não requer providências preparatórias, ao passo que o enfrentamento do problema engendra diversos riscos e custos políticos, o que nem sempre é desejável; em contrapartida, a emissão de um documento legislativo passa a impressão de que foram tomadas as providências, aplacando os reclamos e as expectativas. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 78-79).

retroalimenta um sistema de “mais do mesmo”; a litigiosidade contida<sup>372</sup> e seu impacto nos Juizados Especiais; e a deficiente divulgação de meios auto e heterocompositivos.<sup>373</sup>

Segundo dados do CNJ, o Poder Judiciário brasileiro finalizou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação, com um aumento de 244 mil processos em relação a 2016. Foram 29,1 milhões de processos que ingressaram nos escaninhos do Poder Judiciário e baixados 31 milhões. Entretanto, o estoque não baixou, tendo em vista que 600 mil processos foram reativados.<sup>374</sup>

O que se tem na atualidade, portanto, é uma crise do Estado enquanto ente que tudo provê, uma desilusão com a representatividade política, o aumento do número de processos judiciais em detrimento de outros métodos de resolução de conflitos, o que vem causando um verdadeiro colapso no sistema judiciário. Se as soluções extrajudiciais representam um “salto qualitativo no processo civilizatório da Humanidade”<sup>375</sup>, a trajetória brasileira caminha a passos largos para o sentido oposto.

O sistema penal não escapa deste contexto de crise. Ao contrário, o modelo tradicional de justiça penal é o que demonstra sofrer mais com os efeitos destas mudanças, sobretudo com o advento da globalização<sup>376</sup>, ao se deparar com um dilema profundo e complexo: de um lado, uma sociedade ávida por respostas rápidas para a solução dos conflitos; de outro, uma exigência cada vez maior de criminalização de condutas e uma máxima intervenção do direito penal nos conflitos.<sup>377</sup>

---

372 Com o aparecimento dos Juizados Especiais, a ideia era dar vazão à litigiosidade contida, que ocorre quando uma parte sabe qual é o seu direito, mas não o exerce por diversos motivos. Por outro lado, o que se verifica é, também, o surgimento de uma litigiosidade latente, onde o sujeito não possui discernimento suficiente para detectar a existência de algum direito seu. Assim, se de um lado a escassez de demanda gera uma litigiosidade contida, o excesso produz um efeito oposto: a explosão da litigiosidade ou da litigiosidade espontânea. (FERRAZ, Leslie Shérída. **Acesso à Justiça**: uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2010, p. 88).

373 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. Salvador: Juspodivm, 2018. (ver Sumário).

374 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018, p. 73-74. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2019.

375 Essas são palavras do Ministro do STJ (Superior Tribunal de Justiça), Luis Felipe Salomão, quando coordenador científico de seminário ocorrido em 2014, em parceria entre o STJ, Centro de Estudos Judiciários (CEJ) e o Conselho da Justiça Federal (CJF), no Distrito Federal (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Ministro do STJ defende mudança de paradigma no combate à cultura da litigância**. Brasília: CFJ, 2014. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2014/novembro/ministro-do-stj-defende-mudanca-de-paradigma-no-combate-a-cultura-da-litigancia>. Acesso em: 13 set. 2018).

376 A globalização ocorre como o “surgimento de um mundo sistematizado, tecnificado, pragmático, impondo os princípios da quantificação e da eficiência a todas as atividades, produções culturais, modos de vida e de cosmovisão”. (CARVALHO, Luzia Alves de. A condição humana em tempo de globalização: a busca do sentido da vida. **Revista Visões FSMA**, Macaé, 4. ed. v. 1, jan./jul. 2008, p. 3).

377 OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no processo penal**: uma alternativa para a crise do sistema criminal. São Paulo: Almedina, 2015, p. 38.

Some-se, ainda, ao excesso de demandas judiciais na seara penal o excesso de formalismo, dentro desta estrutura hierarquizada e burocrática, que torna o sistema ainda mais lento e incompatível com estas novas necessidades sociais, o aumento das cifras ocultas<sup>378</sup>, a tramitação morosa dos processos criminais<sup>379</sup>, independentemente da gravidade do delito.

Como último elemento, mas não menos importante, ainda vigora entre a comunidade jurídica vozes que se levantam contra a elaboração de modelos consensuais no processo penal, alegando que a aplicação de pena passa pela necessidade de tramitação e decisão judicial, sob pena de se violar preceitos constitucionais, como o devido processo legal, o direito à não autoincriminação, a presunção da inocência, o dever de motivação judicial<sup>380</sup> e a inafastabilidade da jurisdição<sup>381</sup>, bem como que estes modelos consensuais violariam os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal.<sup>382</sup>

Todavia, há de se considerar que o princípio da obrigatoriedade da ação penal “está morto. Esta utopia bem intencionada [...] foi, durante muito tempo, uma ilusão que justificou ações penais infrutíferas do ponto de vista de política criminal.”<sup>383</sup>

Diante deste cenário, fica claro perceber que o modelo penal tradicional se vê às voltas com problemas para solucionar conflitos, na medida em que é ainda arraigado de mecanismos

---

378 A cifra oculta, ou cifra negra, diz respeito aos delitos que não chegam ao conhecimento formal das autoridades públicas, ficando à margem do sistema oficial de controle. Dar-se-ia como a diferença entre a criminalidade real, aparente, e a criminalidade legal. (MANDARINO, Renan Posella; BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ROSA, Larissa. A participação da vítima no controle da cifra oculta da criminalidade. **Programa de Pós-graduação em Direito UFC**, Fortaleza, v. 37, 1, jan./jun. 2017, p. 287).

379 CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução 181/17 do CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches *et alli*. **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 21.

380 Sobre estes três princípios, e suas “supostas” violações nos acordos no processo penal, ver: GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. **Novos estudos jurídicos**, Itajaí, v. 20, n. 3, 2015, p. 1124-1125. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/8392/4724>. Acesso em: 18 jan. 2019.

381 Antônio Henrique Graciano Suxberger, resgatando os ensinamentos de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, faz uma coerente distinção entre a constitucionalmente prevista inafastabilidade da jurisdição com o obrigatoriedade de provocação dessa jurisdição. O direito de ação na seara penal só surgiria se a pretensão, entendida como o direito de punir do Estado, não possa ser satisfeita de outra maneira. Assim, o direito subjetivo processual não se confundiria com o direito material: a razão de existir do direito processual é efetivar o direito material. Logo, se o direito material pode ser satisfeito por métodos pré ou extra processuais, não há razão para se mobilizar a máquina pública para que se exerça a ação penal, cujo objeto já se encontre resolvido. (SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. O acordo de não persecução penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional. In: CUNHA, Rogério Sanches *et alli*. **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 93-94).

382 Eugênio Pacelli lembra que há motivos para o afastamento da regra da obrigatoriedade da ação penal. Um deles se liga à ideia da perspectiva minimamente funcional do direito penal, que influencia sobremaneira o processo penal. Logo, ações penais sobre condutas insignificantes ou não atendimento de outros requisitos e fundamentos do direito penal, tal como a intervenção mínima, lesividade concreta e até no caso de reconhecimento de prescrição retroativa, não devem prosperar ou sequer serem intentadas. (PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas. 2017. p. 78-79).

383 FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. O acordo de não persecução penal: permissões e vedações. In: CUNHA, Rogério Sanches *et alli*. **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 301.

paternalistas de retirar das partes seu determinismo, o poder de resolverem, por si mesmos, seus conflitos, tolhendo-as do processo de lidar com estas questões, demonstrando forte inadequação à exigência social de celeridade processual em um contexto de aumento da utilização do direito penal como meio de controle social de condutas cada vez mais tipificadas como crime, agregada à baixa resolutividade destas questões.

#### **4.4 Intervenção mínima no processo penal: o consenso como elemento primordial para a resolução das demandas criminais**

No direito penal material, a intervenção mínima é extremamente conhecida e propalada. Por ela, o direito penal deve se preocupar somente com os bens jurídicos<sup>384</sup> mais relevantes para a sociedade e com as condutas humanas que mais gravemente violem estes bens jurídicos.

Através do instrumento político, o legislador, observando a sociedade e o momento em que vive, seleciona condutas lesivas que mereçam maior atenção do direito penal. Desta forma, a intervenção mínima se apresenta como importante mecanismo de limitação do poder estatal.

O professor espanhol Francisco Muñoz Conde assim a define:

El poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima. Con esto quiero decir que el derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del derecho. De aquí que se diga que el derecho penal tiene carácter "subsidiario" frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico.<sup>385</sup>

A intervenção mínima se dirige não só a criminalizar novas condutas, que passam a necessitar maior atenção do direito penal, como também se presta para realizar o caminho inverso, ou seja, a descriminalização de condutas que já não mereçam atenção do direito penal

---

384 Francisco de Assis Toledo, ao revisitar a obra do penalista alemão Hanz Welzel, afirma que o “bem jurídico é um bem vital ou individual que, devido ao seu significado social, é juridicamente protegido. Pode ele apresentar-se, de acordo com o substrato, de diferentes formas [...]. Bem jurídico é, pois, toda situação social desejada que o direito quer garantir contra lesões”. Adiante, arremata: “bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”. (TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 15-16).

385 CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción al derecho penal**. Buenos Aires: Julio César Faira, 2001, p. 107.

e que devem ser solucionadas por outros campos do direito, bem como por métodos extrajudiciais para solução dos conflitos.

Em outras palavras, o direito penal se destina a proteger bens jurídicos onde outras áreas do direito se demonstrem ausentes, falhos ou insuficientes, servindo como um direito de “ultima ratio regum”<sup>386</sup>. Assim, o caráter limitado deste ramo do direito se apresenta em duas vertentes: uma, em que o direito penal possui um caráter subsidiário em relação aos outros ramos do direito para a proteção de bens jurídicos; outra, a de que sua atuação só se justifica diante da importância ou gravidade da lesão a estes bens, seja real ou potencial.<sup>387</sup>

Claus Roxin, ao analisar a intervenção mínima do direito penal, assim diz:

*(L)a protección de bienes jurídicos no se realiza sólo mediante el Derecho penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El Derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar; es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema —como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc.—. Por ello se denomina a la pena como la ‘ultima ratio de la política social’ y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos. En la medida en que el Derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso ésa no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaleza ‘fragmentaria’ del Derecho penal.*<sup>388</sup>

Desta feita, o direito penal material faz parte de um sistema de proteção de bens jurídicos onde, por ser responsável pela aplicação das maiores sanções, só se faz presente quando os demais mecanismos de controle social, jurídicos ou não, não conseguem dar respostas satisfatórias aos reclamos sociais. Por isto, só intervém quando falham os demais meios de solução social do problema.<sup>389</sup>

Ao lado deste pensamento ligada à intervenção mínima do direito penal material, urge retomar o pensamento sobre a crise do Estado-Providência para verificar os fatores que, na sociedade contemporânea, fazem as demandas no Poder Judiciário crescerem de forma assustadora.

386 TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 14.

387 TOLEDO, 1994.

388 ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997, p. 65.

389 Há mais de trinta anos, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Francisco de Assis Toledo apresentava propostas para se atender à intervenção mínima no direito penal. A descriminalização do adultério (que acabou ocorrendo), a extinção de punibilidade em crimes patrimoniais cometidos sem violência ou grave ameaça e a insignificância da conduta e dos danos foram exemplos de intervenção mínima apresentados pelo Ministro, que deveriam, em sua visão, ser tratados por outros ramos do direito. (TOLEDO, 1994, p. 14).

Se a cultura jurídica em um país como o Brasil leva a uma propensão a “litigação”, útil é se voltar à análise do que foi desenvolvido pelos professores portugueses Boaventura de Sousa Santos, Maria Manuel Leitão Marques e João Pedroso ao que chamaram de “pirâmide de litigiosidade.”<sup>390</sup>

Tomando emprestada a figura da pirâmide<sup>391</sup>, onde da base ao topo existe uma relação de baixa à alta litigiosidade, vemos que a base é composta por fatos e relações sociais importantes para o direito, na medida em apresentam potencialidades de lesão a bens jurídicos tutelados pela norma, até o topo, que trata de recursos, onde a litigiosidade atinge os Tribunais, que são instados a se manifestar sobre uma causa que não se esgotou nas instâncias inferiores.

Transportando esta análise para o direito processual penal, e agregando a ideia da intervenção mínima, pode-se afirmar que em uma normal pirâmide de litigiosidade, a base da pirâmide seria composta de eventos de alguma repercussão na área penal, mas que, por diversos motivos, não chegam ao Poder Judiciário (insignificância, cifra oculta, ausência de pressupostos processuais etc). À medida em que se “escala” a pirâmide, o Poder Judiciário passa a intervir nos fatos criminais, demandando uma resposta a estas questões, aumentando, também, a complexidade destas questões.

Mas ainda que haja relevância nestas questões, pode-se ainda afirmar que, os fatos mais próximos à base desta pirâmide de litigiosidade penal, deveriam dizer respeito a um maior número de fatos típicos com penas mais brandas. Subindo a pirâmide, deparar-se-ia com um número menor de delitos, que por sua vez possuiriam penas mais duras.

Entretanto, o que se observa é que, retomando a metáfora da oficina de carpintaria<sup>392</sup>, excetuadas as questões de competência dos Juizados Especiais Criminais – que formam a base da pirâmide por tratar de crimes de penas menores – os demais fatos criminais demandam dos mesmos procedimentos, fazendo com que a pirâmide fique invertida.

É o que diz o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que, em seu “Justiça em números”, edição 2016, revelou que apenas 24% (vinte e quatro por cento) das novas ações criminais de 2015 se deram pelas portas dos Juizados Especiais Criminais<sup>393</sup>. Ou seja, apenas uma em

390 Sobre o assunto, a presente dissertação já abordou no item 2.2.

391 Ver o Anexo A da presente dissertação.

392 Ver item 2.5 da presente dissertação.

393 Sobre o assunto, a informação consta em notícia do portal do próprio CNJ. Ver em CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Estatísticas revelam aumento das condenações de encarceramento. **Notícias CNJ**, 17 outubro de 2016. Disponível em: [www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83669-estatisticas-revelam-aumento-das-condenacoes-de-encarceramento](http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83669-estatisticas-revelam-aumento-das-condenacoes-de-encarceramento). Acesso em: 24 jan. 2019. Analisando os relatórios posteriores, não se vislumbra números mais atualizados sobre esta relação entre as demandas novas em tramitação nos Juizados Especiais Criminais em relação aos demais campos da Justiça Criminal brasileira.



cada quatro novas ações no sistema penal brasileiro tramitou pelos Juizados Especiais Criminais<sup>394</sup>.

Se a intervenção mínima no direito penal material funciona com a ideia de subsidiariedade e fragmentariedade, preocupando-se tão-somente com condutas relevantes a bens jurídicos relevantes, por certo que o direito material processual deve atender e se atentar para esta diretriz nos mesmos moldes que o direito material. Assim, nota-se que o sistema se encontra invertido, pois os Juizados Especiais Criminais deveriam ser mais demandados, deixando as áreas tradicionais da Justiça Criminal tradicional para fatos mais graves.

Necessário se faz debruçar sobre uma teoria de intervenção mínima também na seara processual penal, que garanta o atendimento dos reclamos sociais a dirigir o sistema penal, material e processual, a condutas que realmente importem à coletividade, bem como atendam às necessidades dos envolvidos/atingidos, utilizando-se de métodos que intervenham nas vidas das pessoas com o mínimo de intervenção em suas esferas privadas.

#### 4.5 Uma teoria discursiva para um processo penal íntegro e democrático

Diante deste quadro prático-político, retoma-se a ideia de que o consenso no processo penal deve crescer como forma de resolver com mais qualidade as demandas, bem como proporcionar uma diminuição nos números de demandas judiciais, arrefecendo o paternalismo estatal diante do determinismo dos indivíduos, acarretando, também como efeito, em um menor número de processos judiciais.

Como visto<sup>395</sup>, as demandas criminais no país se arrastam no tempo, possuindo tempo médio superior as demandas “não-criminais”, afastando-se de preceitos seculares de dinamismo do direito penal, como o que já preconizava, no século XVIII, Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, que já dizia: “Quanto mais rápida for a pena e mais próxima do crime cometido, tanto mais será ela justa e tanto mais útil.”<sup>396</sup>

Até porque:

---

394 Um dado disposto no relatório “Justiça em Números” de 2018, referente a 2017, demonstra esta inversão de pirâmide no Poder Judiciário Brasileiro: existem hoje, em todo Brasil, 1.256 varas exclusivamente criminais, competentes para analisar os processos criminais comuns, e apenas 92 Juizados Especiais exclusivamente Criminais, o que dá a exata noção do problema (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018, p. 19. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2019).

395 Ver, na presente dissertação, a nota de rodapé 292, na página 85.

396 BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 71.

Quanto mais curta é a distância do tempo que se passa entre o delito e a pena, tanto mais forte e mais durável é, no espírito humano, a associação dessas duas idéias, delito e pena, de tal modo que, insensivelmente, se considera uma como causa e a outra como consequência, necessária e fatal.<sup>397</sup>

Desta feita, pensar no consenso como protagonista e elemento estruturante do processo penal, tanto atende aos diversos interesses públicos quanto aos interesses dos envolvidos/atingidos.

Um procedimento que aumente a participação das partes na construção de caminhos e pontes no seio do processo penal deve ser encarado como uma boa alternativa, na medida em que implementa direitos, atende os interesses sociais e particulares, proporciona melhoria na qualidade das decisões – que deixam de ser padronizadas e passam a atender as especificidades do caso concreto – e ainda proporciona celeridade e economia – processual e econômica – dentre outros tantos benefícios.

Recentemente, o Ministro da Justiça, empossado no início de 2019, afirmou ser favorável à inclusão de um modelo de “*plea bargaining*” no Brasil, o que fortaleceria os laços estabelecidos entre as partes para a produção de acordos, como concessões mútuas para a construção das soluções<sup>398</sup>. Quanto a estas declarações, muitas críticas foram apresentadas<sup>399</sup>. Entretanto, tais críticas padecem de uma visão menos paternalista de Estado, abandonando velhos conceitos sobre o devido processo penal e a inafastabilidade da jurisdição, o que já foi abordado e afastado nesta presente dissertação.

Lênio Luiz Streck, também abordando a intenção do novo Ministro da Justiça, em recente artigo, afirma que o “*plea bargaining*” no Brasil só será possível diante de um Ministério Público independente e imparcial<sup>400</sup>, mas é categórico: “não sou contra o *plea bargaining* ‘por princípio’.”<sup>401</sup> Baseado no texto constitucional, no Estatuto de Roma e no

397 BECCARIA, 1999, p. 72.

398 POMPEU, Ana. *Plea Bargain: Moro quer trazer ao Brasil sistema de acordos entre réu e MP dos EUA*. Revista **Consultor Jurídico**, 5 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-05/moro-trazer-brasil-sistema-acordos-entre-reu-mp-eua>. Acesso em: 23 jan. 2019.

399 Na mesma matéria estampada na nota de rodapé anterior, a revista eletrônica Consultor Jurídico traz a opinião de cinco advogados criminalistas que discordam da aplicação do “*plea bargaining*” no Brasil. Por todos, reproduz-se a fala de Aury Lopes Júnior: “O *plea bargain* americano não se encaixa no sistema brasileiro. Hoje, fala-se em 90% de negociação nos EUA como se fosse algo extremamente positivo, quando, na verdade, não é. Representa um afastamento da jurisdição. Em cada 10 casos, nove se resolveram em negociação entre acusado e MP. É uma lógica negocial no processo que é excessiva. O tamanho da população carcerária é sintoma de uma banalização”.

400 Etimologicamente, imparcial é aquele que não é parcial; que não é parte. IMPARCIAL in: SIGNIFICADOS. Porto: 7Graus, 2011. Disponível em: <https://www.significados.com.br/imparcial/>. Acesso em: 24 jan. 2019. Logo, não existiria uma parte imparcial, mas sim uma parte impessoal.

401 Senso Incomum: STRECK, Lenio Luiz. Só um MP isento pode dar azo à barganha penal: embargos deferidos. **Revista Consultor Jurídico**, 17 janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-17/senso-incomum-mp-isento-dar-azo-barganha-penal-embargos-deferidos>. Acesso em: 23 jan. 2019.

Código de Processo Penal alemão, afiança que tal sistema só funcionará no país se o Ministério Público desempenhar suas funções com isenção e imparcialidade.

Insurge-se contra o exagero no uso do “plea bargaining” nos Estados Unidos da América, onde chega a ser de 97% (noventa e sete) por cento dos casos.<sup>402</sup> Realmente, o uso indiscriminado da negociação processual pode acarretar em distorções inmensuráveis, assim como seu uso acanhado vem trazendo uma série de problemas para o sistema penal brasileiro.

Retomando a alegoria da oficina de carpintaria<sup>403</sup>, a falta de ferramentas ou procedimentos adequados à consecução de uma finalidade gera atrasos e produtos ou serviços mal executados. No caso do processo penal, reduzir os procedimentos a três grandes gêneros (microsistema dos Juizados Especiais Criminais, procedimentos especiais e procedimento comum ordinário) leva a atraso na prestação jurisdicional e à baixa qualidade na resolução dos problemas.

Neste diapasão, o consenso surge como meio adequado à resolução de disputas na seara criminal para atender tanto ao interesse público consubstanciado nos altos números processuais quanto na qualidade das soluções apontadas. Assim, a “importação” do “plea bargaining” é bem-vinda como forma de possibilitar que aos envolvidos/atingidos possam, querendo, construir soluções particulares e mais adequadas àquele problema contido no processo.

Da mesma forma, os procedimentos tradicionais do processo penal não serão abandonados, pois cada procedimento existente tem sua função e importância. O que se deve ter em mente é que tais procedimentos não possuem o condão de dar todas as respostas, pelas suas especificidades e objetivos. Pensar em modelos de consenso para o processo penal é pensar em privilegiar os modelos tradicionais de investigação e julgamento para situações que realmente eles se demonstrem eficazes.

Há de se afirmar, também, que o “plea bargaining”, de per si, não pode nem deve resolver estes problemas à custa de violações de direitos fundamentais e em nome da celeridade e economia. O que se deve buscar é a ampliação de mecanismos, de procedimentos que valorizem o consenso e apresentem efetividade na solução dos conflitos. Para tanto, os conceitos trazidos neste capítulo apresentam balizas para a implementação eficaz e ética de procedimentos voltados ao consenso.

---

402 Senso Incomum: STRECK, Lenio Luiz. Só um MP isento pode dar azo à barganha penal: embargos deferidos. **Revista Consultor Jurídico**, 17 janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-17/senso-incomum-mp-isento-dar-azo-barganha-penal-embargos-deferidos>. Acesso em: 23 jan. 2019

403 Ver item 2.5 da presente dissertação.

A integridade – como respeito ao passado, zelo ao presente e responsabilidade com o futuro – deve ser dirigida e exigida a todos os componentes do processo construtivo das respostas: ao legislador, como um vetor de correção moral; ao julgador, agregando a noção de correção de decisão; e também aos demais envolvidos/atingidos, sejam acusados, vítimas, advogados, membros do Ministério Público, da Defensoria Pública, pessoas da comunidade mais ou menos próxima ao conflito penal, que devem baixar a cultura e o espírito litigioso e buscar o caminho do entendimento ou do acordo, adotando posturas mais alinhadas ao agir comunicativo em detrimento de ações puramente estratégicas, pautando sempre pela aplicação da moral no direito nos moldes apreçados por Ronald Dworkin.

A democracia, como elemento fundante do atual Estado de Direito, deve proteger os direitos fundamentais das vontades das maiorias, o que afasta uma obediência cega à estrita legalidade e a um “interesse público” que não se sustenta quando se revela em, tão-somente, impor um modo de conduta ou de vida às minorias, como produto de uma infértil dominação social. Assim, um processo democrático abre flanco ao diálogo entre os envolvidos, afastando a poderosa mão do Estado de questões mais mezinhas que envolvam pessoas próximas que querem e devem se entender. Uma indisponibilidade de um suposto interesse público, nestes casos, é um convite à pequenas beligerâncias sociais.

A crise no sistema penal leva a uma reflexão sobre o papel que se espera do Estado enquanto detentor do monopólio da pena. Sua estrutura já não se adequa, em todos os casos, aos problemas oriundos da globalização, da modernização, dos avanços científicos e tecnológicos, o que deve levar os responsáveis pelo sistema estatal a uma profunda reflexão sobre os dogmas que ainda imperam em pleno Século XXI, como a indisponibilidade do direito público, a supremacia do direito público sobre o direito privado, a inafastabilidade da jurisdição, o obrigatório exercício do “ius puniendi” e a indisponibilidade/obligatoriedade do exercício da ação penal que, como se vê, não mais se sustentam como outrora.

Ademais, se entre nós vigora uma intervenção mínima do direito penal material, também deverá ocorrer em relação ao direito processual, na medida em que os procedimentos devem ser utilizados da forma menos invasiva possível a direitos dos envolvidos/atingidos pelo fato criminoso e, ainda que sejam utilizados, que estes procedimentos priorizem o consenso como construção de uma decisão penal.

Há muito que se fazer. Há o que se manter. O que se deve ter em mente é que o consenso, seja pelas justificativas histórico-filosóficas, pelos aspectos jurídico-processuais e pelas exigências técnico-políticas, deve entrar na pauta do dia para proporcionar o desafogo do Poder Judiciário, a implementação de decisões mais céleres e econômicas e, principalmente, a legitimação das decisões nos processos criminais através da maior

participação dos diretamente envolvidos/atingidos pela prática criminosa, o que leva à construção de uma teoria discursiva para o processo penal.

O processo penal deve primar pela democracia, garantindo os direitos fundamentais e dando voz, no contexto processual, aos envolvidos/atingidos, estimulando que os mesmos participem da produção e aplicação da melhor resposta. Ainda, deve o processo penal, munido de uma teoria discursiva, observar a integridade e, no “romance em cadeia”, construir uma melhor resposta que observe as decisões pretéritas, resolva os problemas atuais e apresente soluções voltadas para o futuro.

Entretanto, mais do que um “romance em cadeia”, o processo penal eticamente fundamentado e atento à integridade, como elemento desta teoria discursiva, deve agregar a ideia de um “romance a várias mãos”<sup>404</sup>. Mais do que um livro a ser escrito através do tempo, a melhor resposta possível deve ser obtida em um contexto de procedimento democrático, com a participação não só do Juiz para a produção da decisão, mas de todos que, a várias mãos, escrevem e vão escrevendo o romance de suas vidas.

---

404 Esta expressão é dedicada a Joaquim, que ensinou a seu pai, através de sua fértil imaginação, o quanto podemos melhorar as nossas próprias histórias dando espaço e voz aos que nos cercam de amor, alegria, encanto, sabedoria e alma. Papai nunca conseguirá retribuir!

## 5 CONCLUSÕES

O modelo processual no Brasil precisa de adequações imediatas. Mais do que uma atualização ou a criação de um Código de Processo Penal, primordial que se estabeleça uma modificação na mentalidade que defenda o procedimento para salvaguardar, a qualquer custo, o interesse público no campo penal, através da indisponibilidade da ação penal e da obrigatoriedade da apresentação desta. Com efeito, depois de analisar o contexto atual, verifica-se que tais premissas não apresentam soluções adequadas a toda gama de fatos penalmente relevantes.

Procedimentos tradicionais têm e sempre terão seu espaço, são relevantes na resolução de causas penais e serão sempre utilizados em casos onde se demonstrem adequados. Também há de se ressaltar que as regras básicas dos procedimentos devem ser sempre estampadas em lei, sob pena de se produzir decisões casuístas e utilitárias com a inobservância do devido processo legal.

Entretanto, deve-se ter em mente, também, que a norma nem sempre apresenta resposta a toda infinidade de relações humanas. Assim, defender procedimentos herméticos e legalistas, que atendam cegamente ao direito posto, é ignorar a grandeza e a dinâmica da vida social.

Necessário é, portanto, que a norma processual penal possua, juntamente com procedimentos já há muito previstos, mecanismos capazes de proporcionar aos envolvidos a participação efetiva na construção de decisões jurídicas justas e efetivas, inclusive com a aplicação de sanções estabelecidas, inclusive, por acordo entre as partes.

Neste contexto, assim como novos procedimentos não substituem os tradicionais, – mas os completam – a filosofia da linguagem surge para apresentar soluções onde a filosofia tradicional – ou da consciência – demonstra-se limitada. Desta feita, uma teoria discursiva do direito surge de uma necessidade comunicativa de dizer com a palavra – os atos de fala – passando por uma ação comunicativa – afastando-se de um mero agir estratégico – bebendo na fonte de uma linguagem ética e transparente, voltada ao entendimento, ao acordo e à pacificação social não imposta pelo exercício da jurisdição.

O devido processo legal penal não é apenas observado com a obediência estrita do procedimento normatizado. Mais do que isto, o processo, para ser devido, há de ser justo e efetivo. De nada adianta seguir cegamente as regras do jogo se o resultado obtido atropelar direitos, revelando-se artificial e injusto, na medida em que se escolheu o direito posto em nome de uma questionável segurança jurídica do caso concreto, afastando-se do sentido da justiça.

Assim, o surgimento de procedimentos que proporcionem a efetividade das normas produzem mais justiça e segurança, com respeito aos direitos dos envolvidos, possibilidade de participação de todos os atingidos e oferecendo resposta rápida, adequada e construída não apenas pelo Poder Judiciário, mas pelos que são chamados às suas portas para resolverem conflitos relevantes para a lei penal e para a sociedade.

Ao lado dos procedimentos destinados ao atendimento das especificidades de determinados fatos criminosos, medidas ainda não de ser adotadas para, abandonando a ideia de um interesse público indisponível, que seja proporcionado pelo exercício do “jus puniendi”, atender as pretensões tanto das partes envolvidas quanto da coletividade.

Expandir novas formas de resolução de conflitos no processo penal é, além de uma necessidade econômica e institucional, um modo mais apto a produzir justiça, celeridade, eficiência e democracia em uma das áreas onde classicamente a autonomia da vontade das partes sempre foi sufocada pelo paternalismo estatal.

Estes novos procedimentos, contudo, devem levar em conta os parâmetros de integridade, democracia, intervenção mínima do processo penal para solucionar certas facetas experimentadas pelo sistema penal, lançando elementos éticos mínimos que proporcionem eficiência e respeito aos direitos dos envolvidos/atingidos.

Uma teoria argumentativa no processo penal deve se pautar pela defesa dos interesses envolvidos, proporcionando aos participantes do processo espaço para que contribuam na elaboração das decisões a serem tomadas, obedecendo-se a um devido processo legal eticamente argumentado, atentando-se para os direitos e necessidades dos acusados, das vítimas, das instituições e, sobretudo, atendendo aos reclames sociais legítimos, na construção de uma sociedade livre, solidária, segura e justa.

O consenso, seja pelas razões histórico-filosóficas, seja pelas questões técnico-processuais, seja ainda pelos motivos jurídico-políticos, deve ser cada vez mais valorizado como elemento que abandone o paternalismo estatal cego e respeite o determinismo dos indivíduos, sem violar o processo penal devido nem direitos fundamentais. Ao contrário, formas processuais que apliquem o consenso na produção das decisões fortalece o Estado, na medida em que desafoga o Poder Judiciário, trazendo qualidade para as decisões onde o processo tradicional deve ser utilizado, e produzindo pacificação social efetiva, pela forma como a decisão é produzida.

Um processo penal íntegro e democrático, portanto, valoriza uma teoria discursiva que se paute por preceitos éticos, que valorize as decisões pretéritas para se demonstrar coerente, proteja e zele pelos interesses presentes, e ainda seja pautado pela responsabilidade de todos os envolvidos na construção da decisão que repercutirá para o futuro. O processo penal,

assim, mais do que um “romance em cadeia”, que se protraí no tempo, deve se revelar em um “romance a várias mãos”, com a participação dos envolvidos/atingidos ao mesmo tempo, abandonando os monólogos dialéticos e valorizando as medidas conciliatórias eticamente construídas.



## REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução: Alfredo Bosi *et alli*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ADEODATO, João Maurício. Retórica analítica como metódica jurídica. **Argumenta – UENP**, Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP, Jacarezinho, n. 18, p. 11-29, 2013.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução: Zilda Hutschinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2001.
- ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.
- ALVES, Jamil Chaim. Justiça consensual e plea bargaining. *In*: CUNHA, Rogério Sanches *et alli*. **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 193-214.
- ALVES, Marco Antônio Sousa. O estudo da linguagem em Habermas: observações sobre a teoria dos speech acts, a pragmática universal, a teoria do agir comunicativo e a teoria discursiva do direito. *In*: JORNADA BRASILEIRA DE FILOSOFIA DO DIREITO, 2., 2008, Nova Lima, MG. **Anais [...]**. Nova Lima: ABRAFI, Faculdade de Direito Milton Campos, MG, 2008. Disponível em: [http://ufmg.academia.edu/MarcoAntonioSousaAlves/Papers/898265/O\\_estudo\\_da\\_linguagem\\_em\\_Habermas\\_observacoes\\_sobre\\_a\\_teorias\\_dos\\_speech\\_acts\\_a\\_pragmatica\\_universal\\_a\\_teorias\\_do\\_agir\\_comunicativo\\_e\\_a\\_teorias\\_discursiva\\_do\\_direito](http://ufmg.academia.edu/MarcoAntonioSousaAlves/Papers/898265/O_estudo_da_linguagem_em_Habermas_observacoes_sobre_a_teorias_dos_speech_acts_a_pragmatica_universal_a_teorias_do_agir_comunicativo_e_a_teorias_discursiva_do_direito). Acesso em: 14 jul. 2017.
- AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: Esboço e críticas. **Revista de Informação Legislativa Senado Federal**, Brasília, v. 42, n. 165, jan./mar. 2005. p. 123-134. Disponível em: [www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril\\_v42\\_n165\\_p123.pdf](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril_v42_n165_p123.pdf). Acesso em: 17 set. 2018.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.
- AUSTIN, John Langshaw. **Quando dizer é fazer**. Tradução: Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.
- BAHIA, Alexandre G. M. F. Teoria da democracia: O surgimento do sistema de direitos e a emergência do público e do privado, Estado, política e Constituição na modernidade. **FDSM**, Pouso Alegre, Edição especial, 2008. Disponível em: <https://www.fdsmedu.br/adm/artigos/d1374906d5d11d8dadff41a1978504de.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2017.
- BALDIN, Mateus de Campos. Os conceitos de justo e injusto em Aristóteles: entre EN V,1 e EN V,9. **Dois pontos**, Curitiba, v. 10, n. 1, p. 127-142, 2013. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/doispontos/article/viewFile/32156/20918>. Acesso em: 11 nov. 2017.

BANDEIRA, Rafael Cruz. Constituição, discurso jurídico-penal e argumentação: a busca pela redução das incongruências punitivas. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 16, n. 32, 2013a, p. 185-206. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2013v16n32p185/6087>. Acesso em: 30 nov. 2018.

BANDEIRA, Rafael Cruz. **Discurso jurídico e teoria da sanção**: legitimidade da punição estatal e justiça restaurativa. Orientador: Selma Pereira de Santana. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia (UFBA), Faculdade de Direito. 2013b. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/13866/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o-%20Rafael%20Cruz%20Bandeira%20-%20Discurso%20Jur%C3%ADdico%20e%20Teoria%20da%20San%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 29 out. 2018.

BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Precedentes segundo a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann: elementos para reconsiderar a crítica do distanciamento do Common Law e do Civil Law. **Arquivo Jurídico**, Teresina, v. 2, n. 2, jul./dez. 2015, p. 116-130.

BARROSO, Luís Roberto. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. In: ALEXY Robert (org.); TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; TUFFI, Aziz; LOPES Mônica Sette. **Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 49-69.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A administração pública consensual na modernidade líquida. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, p. 31-43. 2014. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/09/Administra-Publica-consensual-na-modernidade-liquida-Editora-Forum.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2017.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução: José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

BENVENISTE, Émile. Problemas de linguística geral. Tradução: Mária da Glória Novak e Luiza Neri. Revisão de Isaac Nicolau Salum. São Paulo: Nacional, Ed. da Universidade de São Paulo, 1976. Disponível em: [https://docs.google.com/file/d/0Bx6\\_dekKTW SVM0dFcIJqQzFnVTA/edit](https://docs.google.com/file/d/0Bx6_dekKTW SVM0dFcIJqQzFnVTA/edit). Acesso em: 01 maio 2018.

BIBLIOTECA BRITÂNICA. **Magna Carta 1215**. (Tradução em texto completo da edição de 1215 da Magna Carta) 2014. Disponível em: <https://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-english-translation>. Acesso em: 27 set. 2017.

BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. Democracia procedimental e democracia substantiva: entre um relativismo axiológico absoluto e um absolutismo axiológico relativo. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 20., 2011. Belo Horizonte. **Anais [...]**, Belo Horizonte, 2011, p. 9328.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BITENCOURT, Luciane Potter. **A vitimização secundária de crianças e adolescentes e a violência sexual intrafamiliar**. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Pontifícia

Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: [repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/1713/1/000396637-Texto%2bParcial-0.pdf](http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/1713/1/000396637-Texto%2bParcial-0.pdf). Acesso em: 30 maio 2018.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução: Carmen C. Varriale *et alli.*; coordenação de Tradução: João Ferreira; revisão geral de João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Caçais. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BOCHENEK, Antônio César. A litigiosidade cível e a Justiça Federal brasileira. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, n. 25, 29 ago. 2008. Disponível em: [http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/61919/litigiosidade\\_civel\\_justica\\_brasileira.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/61919/litigiosidade_civel_justica_brasileira.pdf). Acesso em: 15 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). **Diário Oficial da União**. Brasília. 2015. Seção 1. p. 1.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8072.htm) Acesso em: 04 jul. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm) Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. Ministério Público Federal (Espírito Santo). MPF já realizou mais de 20 acordos de não-persecução penal no Espírito Santo. **Sala de Imprensa**, 08 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/es/sala-de-imprensa/noticias-es/mpf-ja-realizou-mais-de-20-acordos-de-nao-persecucao-penal-do-espírito-santo>. Acesso em: 04 dez. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 33.929/SP**, no STJ, da lavratura do Ministro Gilson Dipp (julgado em 19/08/2004). Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7270219/embargos-de-declaracao-no-habeas-corpus-edcl-no-hc-33929-sp-2004-0023860-2?ref=juris-tabs>. Acesso em: 28 ago. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988, 292 p.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2014.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução 181/17 do CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches *et alli*. **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 21-48.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Revista Fabris, 1988. Reimpresso em 2002.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O paradoxo da judicialização das Políticas Públicas de Saúde no Brasil**: Um ponto cego do direito? Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2016.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e argumentação**: A teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos. Curitiba: Juruá, 2013.

CARDOSO, Henrique Ribeiro; COSTA, Ilton Ribeiro da; SOUSA JÚNIOR, Eliezer Siqueira de. Consensual jurisdiction: organization and instruments of the new procedural system. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 01, n. 50, p. 76-98. 2018.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell. 2013.

CARVALHO, Luzia Alves de. A condição humana em tempo de globalização: a busca do sentido da vida. **Revista Visões FSMA**, Macaé, 4. ed. v. 1, jan./jul. 2008. Disponível em: [http://www.fsma.edu.br/visoes/ed04/4ed\\_A\\_Condicao\\_Humana\\_Em\\_Tempo\\_De\\_Globalizacao\\_o\\_Luzia\\_Alves.pdf](http://www.fsma.edu.br/visoes/ed04/4ed_A_Condicao_Humana_Em_Tempo_De_Globalizacao_o_Luzia_Alves.pdf). Acesso em: 18 jun. 2017.

CARVALHO, Olavo de. **Aristóteles em Nova Perspectiva**: introdução à Teoria dos Quatro Discursos. Campinas: Vide Editorial, 2013. Capítulo I. Disponível em: <http://www.lelivros.love/book/baixar-livro-aristoteles-em-nova-perspectiva-olavo-de-carvalho-em-pdf-epub-e-mobi-ou-ler-online/>. Acesso em: 01 maio 2018.

CARVALHO, Raphael Franco Castelo Branco. **Mediação de conflitos, crise do Judiciário e advocacia**: aspectos teóricos e práticos em torno da “Lei de mediação” (Lei nº 13.140/2015). Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Fortaleza, (UNIFOR), Fortaleza. 2015. Disponível em: <https://uolp.unifor.br/oul/conteudosite/F10663420151208151517700006/Dissertacao.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2018.

CARVALHO, Welinton. Direito comparado: Método ou ciência? **Revista de Informação Legislativa Senado Federal**, v. 45, n. 1180, p. 139-145. out./dez. 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176559/000848846.pdf?sequence=3>. Acesso em: 12 jun. 2017.

CERVANTES [Saavedra], Miguel de. **Dom Quixote de la Mancha**. Tradução: Francisco Lopes de Azevedo Velho de Fonseca Barbosa Pinheiro Pereira e Sá Coelho e Antônio Feliciano de Castilho, v. II. eBooksBrasil, 2005. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000014.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: Direito, moral e religião no mundo moderno. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción al derecho penal**. Buenos Aires: Julio César Faira, 2001.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Ministro do STJ defende mudança de paradigma no combate à cultura da litigância**. Brasília: CFJ, 2014. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2014/novembro/ministro-do-stj-defende-mudanca-de-paradigma-no-combate-a-cultura-da-litigancia>. Acesso em: 13 set. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (org.). **Manual de Mediação Judicial**. 5. ed. Brasília: CNJ, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Estatísticas revelam aumento das condenações de encarceramento. **Notícias CNJ**, 17 outubro de 2016. Disponível em:

[www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83669-estatisticas-revelam-aumento-das-condenacoes-de-encarceramento](http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83669-estatisticas-revelam-aumento-das-condenacoes-de-encarceramento). Acesso em: 24 jan. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Tóquio**: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125 de 29/11/2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 19 set. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 225/2016**. Brasília: CNJ. 31 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3127>. Acesso em: 26 dez. 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. **Empório do Direito**, Florianópolis, 2015. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/leitura/efetividade-do-processo-penal-e-golpe-de-cena-um-problema-as-reformas-processuais>. Acesso em: 18 jan. 2019.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. Rumo a um processo penal democrático. **Direito em Ação**, Brasília, v. 12, n. 1, jan./jun. 2014. p. 169-229. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/dex.php/RDA/article/view/5867/3814>. Acesso em: 14 jan. 2019.

DELAÇÃO *In*: DICIONÁRIO da língua portuguesa. Lisboa: Priberam Informática, 1998. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/dela%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 4 dez. 2018.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal**. Porto: Conselho Distrital do Porto. Coleção Virar de página, 2011.

DIDIER Jr., Fredie. **Direito processual civil**. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1.

DWORKIN, Ronald. Constitucionalismo e democracia. Tradução: Emílio Peluso Neder Mayer. **European Journal of Philosophy**, n. 3:1, 1995, p. 1-14. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/44472543/dworkin-constitucionalismo-e-democracia>. Acesso em: 16 nov. 2018.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos das Obrigações**. 3. ed. Rio

de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

FERRARI, Márcio. Herbert Spencer: O ideólogo da luta pela vida. **Nova Escola**, Ed. 0186, Especial Grandes Pensadores-Matéria 94622, outubro de 2008, São Paulo: Abril, 2008. Disponível em: [novaescola.org.br/conteudo/1685/herbert-spencer-o-ideologo-da-luta-pela-vida](http://novaescola.org.br/conteudo/1685/herbert-spencer-o-ideologo-da-luta-pela-vida). Acesso em: 23 ago. 2017.

FERRAZ, Leslie Shérída. **Acesso à Justiça**: uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

FONSECA, Ana Carolina da Costa e. Dworkin e Posner acerca da existência de respostas certas para as questões jurídicas: a reconstrução de um debate. **Veritas**, Porto Alegre, v. 56, n. 3, set./dez. 2011, p. 63-71.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2002.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. O acordo de não persecução penal: permissões e vedações. In: CUNHA, Rogério Sanches *et alli*. **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 301-312.

Gênesis e 1ª Coríntios. Português. In: Bíblia Sagrada. Gênesis 2:19. Disponível em <https://www.bibliaonline.com.br/acf>. Acesso em: 10 jul. 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. **Novos estudos jurídicos**, Itajaí. v. 20, n. 3, 2015, p. 1108-1134. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/8392/4724>. Acesso em: 18 jan. 2019.

GRACIOSO, Luciana de Souza. Considerações sobre filosofia da linguagem e ciência da informação: jogos de linguagem e ação comunicativa no contexto das ações de informação em tecnologias virtuais. In: ENCONTRO ENANCIB, 10., 2009, João Pessoa. **Anais [...]**. João Pessoa: ANCIB, 25 a 28 de out. de 2009, p. 5.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. Rio de Janeiro: **Buscalegis**, 2002. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2017.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier: 2010.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no Direito e na moral**: justificação e aplicação. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução: Geribe Sperber, Paulo Asthor Soethe e Milton Mota. 2. ed. São Paulo. Edições Loyola, 2004b.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução: Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I e II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la acción comunicativa**: Racionalidad de la acción y racionalización social. v. I e II. Tradução: Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Taurus, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: Ensaios filosóficos. Tradução: Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola. 2004a.

HELLINGER, Bert; HÖVEL, Gabriele ten. **Constelações familiares**: o reconhecimento das ordens do amor. Tradução: Eloísa Giancoli Tironi e Tsuyuko Jinno-Spelter. São Paulo: Cultrix, 2007.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. Constituição, poder judiciário, e estado democrático de direito: a necessidade do debate “procedimentalismo versus substancialismo”. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre. 2006. Disponível em: [sisnet.aduaneiras.com.Br/lex/doutrinas/arquivos/310807.pdf](http://sisnet.aduaneiras.com.Br/lex/doutrinas/arquivos/310807.pdf). Acesso em: 23 jul. 2018.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; LIRA, Cláudio Rogério Sousa. A teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin como condição para a positivação do direito. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 31, n. 1, jan/jun. 2015, p. 97-122.

IMPARCIAL *in*: SIGNIFICADOS. Porto: 7Graus, 2011. Disponível em: <https://www.significados.com.br/imparcial/>. Acesso em: 24 jan. 2019.

JUSTIÇA RESTAURATIVA. **Profissão: Repórter**, Rio de Janeiro. 31 de outubro de 2018. (35 min) Publicado pela Rede Globo, Programa de TV. Disponível em <https://globoplay.globo.com/v/7129592>. Acesso em: 10 dez. 2018.

KOCH, Ingedore G. V. A articulação entre orações no texto. **Cadernos de estudos linguísticos**, Campinas, v. 28, p. 9-19. 1995. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cel/article/view/8636691/4410>. Acesso em: 29 out. 2017.

KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia. **Sequência**, Florianópolis, n. 56, 2008, p. 151-176.

LEAL, Mônia Clarissa Hening. Dworkin X Habermas, uma discussão acerca da legitimidade da jurisdição constitucional entre substancialismo e procedimentalismo: novas perspectivas. **Revista de direito administrativo e constitucional**, Curitiba, Ano 4. n. 17, 2004. Disponível em: [www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/606](http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/606). Acesso em: 23 jul. 2018.

LEDERACH, John Paul. **Transformação de conflitos**. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Farbis, 1999.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

LORENTZ, Lutiana Nacur. O império do direito de Ronald Dworkin. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 33, n. 63, jan./jul. 2001.

LUBENOW, Jorge Adriano. Sobre o método do discurso prático na fundamentação da ética do discurso de Jürgen Habermas. **Cadernos do PET Filosofia**, Teresina, v. 2, n. 3, p. 57-70. 2001. Disponível em: <http://www.ojs.ufpi.br/index.php/pet/article/view/583/543>. Acesso em: 08 abr. 2018.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. Salvador: Juspodivm, 2018.

MANDARINO, Renan Posella; BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ROSA, Larissa. A participação da vítima no controle da cifra oculta da criminalidade. **Programa de Pós-graduação em Direito UFC**, Fortaleza, v. 37, n. 1, jan./jun. 2017, p. 281-299.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura no Novo Código Civil. In: ALVIN, Arruda; ALVIN, Thereza (Orgs.). **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MEDEIROS, Alexsandro M. **Ética do discurso**. [S. l.: s. n.], 2016. Disponível em: <https://www.sabedoriapolitica.com.br/products/etica-do-discurso/>. Acesso em: 04 abr. 2018.

MELO, André Luis Alves de. **A inconstitucionalidade da obrigatoriedade da ação penal pública**: releitura dos artigos 24 e 28 do Código de Processo Penal e art. 100, §1º, do Código Penal em face da não recepção pela Constituição de 1988. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19768/2/Andr%C3%A9%20Lu%C3%ADs%20Alves%20de%20Melo.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2018.

MELO, André Luis Alves de. Da não obrigatoriedade da ação penal pública. In: CUNHA, Rogério Sanches *et alli*. **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 149-192.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: Consenso e direito público na virada do século: o caso brasileiro. **Rere**, Salvador, n. 13. mar./abr./maio. 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 231, p. 129-156, jan./mar. 2003.

MÜLLER, Friederich. **Quem é o povo**: a questão fundamental da democracia. Tradução: Peter Naumann. Revisão de Paulo Bonavides. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 57.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Estado como parte: arbitragem com contratos públicos exigirá publicidade e análise de impacto. **Consultor Jurídico**. 2018. Entrevista concedida a Fernando Martines em 29 de julho de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-29/entrevista-gustavo-justino-professor-usp-arbitro>. Acesso em: 29 jul. 2018.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 54, jan./jun. 2009, p. 95.

OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no processo penal**: uma alternativa para a crise do



processo criminal. São Paulo: Almedina, 2015.

OLIVEIRA, Vanessa. **Judiciário e privatizações no Brasil:** existe uma judicialização da política. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, p. 559-587, 2005.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba 2006. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/3084/Disserta%20%20o++Ana+Carolina+Lopes+Olsen.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 jan. 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo:** julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil:** Contratos. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. III.

PERSCH, Danilo. A ética discursiva de Habermas: uma proposta alternativa à fundamentação moral kantiana. *In:* SEMINÁRIO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA DA UFSCar, 5., 2009, São Carlos. **Anais [...].** São Carlos, 2009b.

PERSCH, Danilo. **O problema da fundamentação moral:** uma investigação das teorias de Jürgen Habermas. Tese (Doutorado em Ciências Humanas) - Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2009a. Disponível em: <https://repositorio.ufscar.br/bitstream/handle/ufscar/4769/2638.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 maio 2018.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Manual de metodologia do trabalho científico:** como fazer uma pesquisa de direito comparado. Aracaju: Evocati, 2009.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo:** uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. 2011. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2011. Disponível em: [http://repositorio.ufpa.br/jspui/bitstream/2011/6410/1/Tese\\_ParaAlemGarantismo.pdf](http://repositorio.ufpa.br/jspui/bitstream/2011/6410/1/Tese_ParaAlemGarantismo.pdf). Acesso em: 07 jan. 2019.

PIQUÉ, Jorge Ferro. Linguagem e realidade: uma análise de Crátilo de Platão. **Letras**, Curitiba, n. 46, p.171-182. 1996. (Editora da UFPR). Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/letras/article/viewFile/19050/12355>. Acesso em: 10 jul. 2017.

PIZZI, Jovino. Ética do discurso: Conteúdo moral e responsabilidade solidária. *In:* LIMA, Clóvis Ricardo Montenegro de; GÓMEZ, Maria Néida Gonzalez de. (org.). **Discursos habermasianos.** Rio de Janeiro: IBICT, 2012 (versão eletrônica), p. 31-45. Disponível em: <http://repositorio.ibict.br/bitstream/123456789/379/1/HABERMASPARAINTERNET19072012.pdf>. Acesso em: 18 maio 2018.

PIZZI, Jovino. **O mundo da vida:** Husserl e Habermas. Ijuí: Unijuí, 2006, p. 63

PLATÃO. **Diálogos:** Teeteto e Crátilo. Tradução: Carlos Alberto Nunes. Belém. Universidade Federal do Pará. 1988. Disponível em: [https://mega.nz/#!XppSibYA!wDHAYtT7iKsSINydNcFU5K\\_B0pGzkArkMmNtwga402k](https://mega.nz/#!XppSibYA!wDHAYtT7iKsSINydNcFU5K_B0pGzkArkMmNtwga402k).

Acesso em: 27 abr. 2018.

POLASTRI, Marcellus. O chamado acordo de não persecução penal: uma tentativa de adoção do princípio da oportunidade na ação penal pública. **Gen Jurídico**, São Paulo, 05 abril, 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/04/05/o-chamado-acordo-de-nao-persecucao-penal-uma-tentativa-de-adocao-do-principio-da-oportunidade-na-acao-penal-publica/>. Acesso em: 04 dez. 2018.

POMPEU, Ana. Plea Bargain: Moro quer trazer ao Brasil sistema de acordos entre réu e MP dos EUA. **Revista Consultor Jurídico**, 5 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-05/moro-trazer-brasil-sistema-acordos-entre-reu-mp-eua>. Acesso em: 23 jan. 2019.

PREMIADA *In*: DICIONÁRIO da língua portuguesa. Lisboa: Priberam Informática, 1998. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/premiada>. Acesso em: 03 dez. 2018.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução: Jussara Simões. 4. ed. São Paulo. Martins Fontes, 2016.

REIS, Iaci Pelaes dos. A participação das partes como condição de legitimidade da decisão judicial. *In*: CONGRESSO NACIONAL CONPEDI, 24., 2014, João Pessoa. **Anais [...]**. João Pessoa: UFPB, 2014, p. 76-93.

RODRIGUES, Roger de Melo. **A tutela da vítima no processo penal brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2014.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997.

RUDÁ, Antônio Sólon. **Teoria significativa da imputação**: um novo conceito para o dolo e a imprudência sob a filosofia da linguagem. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2018.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e democracia**: Uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SALLES, Carlos Alberto de. **Processo civil de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 193-227.

SALMASO, Marcelo Nalesso. Uma mudança de paradigma e o ideal voltado à construção de uma cultura de paz. *In*: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça restaurativa**: horizontes a partir da Resolução CNJ 225, (Coordenação: Fabrício Bittencourt da Cruz). Brasília: CNJ. 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Oficina do CES (Centro de Estudos Sociais)**. Coimbra, n. 65, 1995. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/65.pdf>. Acesso em: 05 out. 2017.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. Ed. Eletrônica. Disponível em: [lelivros.love/book/download-dicionario-juridico-brasileiro-washington-dos-santos-epub-mobi-pdf/](http://lelivros.love/book/download-dicionario-juridico-brasileiro-washington-dos-santos-epub-mobi-pdf/). Acesso em: 08 jan. 2019.

SHAKESPEARE, William. The tragedy of Romeo and Juliet. Edição de Barbara A. Mowat e Paul Werstine. **Folger Shakespeare**, Londres. 2014. Disponível em: [https://drive.google.com/file/d/0B\\_5n0BhMI\\_wiV2lNb2ZlSU6VG8/edit](https://drive.google.com/file/d/0B_5n0BhMI_wiV2lNb2ZlSU6VG8/edit). Acesso em: 06 jun. 2017.

SILVA, Haroldo Luiz Rigo da. **Justiça restaurativa – instrumento de efetivação do princípio constitucional da felicidade**: um estudo sobre a prática em Sergipe. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2017.

SILVA, Moacyr Motta da; CRUZ, Paulo Márcio. A modernidade, um estudo para a filosofia do direito. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 24., 2015, Belo Horizonte. **Anais [...]**. Belo Horizonte, 2015, p. 6413.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Devido processo legal**: uma visão pós-moderna. Salvador: Juspodivm, 2008.

SOUSA, Pedro Ivo de. **Legitimidade do controle judicial brasileiro de políticas de segurança pública**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2009. Disponível em: [www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp100310.pdf](http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp100310.pdf). Acesso em: 13 jan. 2019.

SOUZA FILHO, Danilo Marcondes de. A teoria dos atos de fala como concepção pragmática de linguagem. **Filosofia Unisinos**, São Leopoldo, v. 7, n. 3, p. 217-230, set/dez. 2006. Disponível em: [revistas.unisinos.br/index.php/filosofia/article/view/6101/3277](http://revistas.unisinos.br/index.php/filosofia/article/view/6101/3277). Acesso em: 11 jul. 2017.

STEFANI, Jaqueline. Considerações sobre a ética do discurso. **Controvérsia**, São Leopoldo, v. 1, n.1, p. 66-73, jan.-jun. 2005. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/controversia/article/viewFile/7128/3958>. Acesso em: 01 maio 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Só um MP isento pode dar azo à barganha penal: embargos deferidos. **Revista Consultor Jurídico**, 17 janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-17/senso-incomum-mp-isento-dar-azo-barganha-penal-embargos-deferidos>. Acesso em: 23 jan. 2019.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. O acordo de não persecução penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional. In: CUNHA, Rogério Sanches *et alli*. **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 87-107.

THE RIGHT TO SWING MY FIST ENDS WHERE THE OTHER MAN'S NOSE BEGINS In: QUORA. [S. l.: s. n.]. Disponível em: <https://www.quora.com/What-does-the-phrase-my-liberty-ends-where-yours-begins-mean/>. Acesso em: 23 ago. 2017.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 1994

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

VIEIRA, Márcio. Os resquícios da prova tarifada no processo civil brasileiro e sua influência no livre convencimento do Magistrado. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 17, n. 23. 2010, p. 371-398. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/download/13/17>.

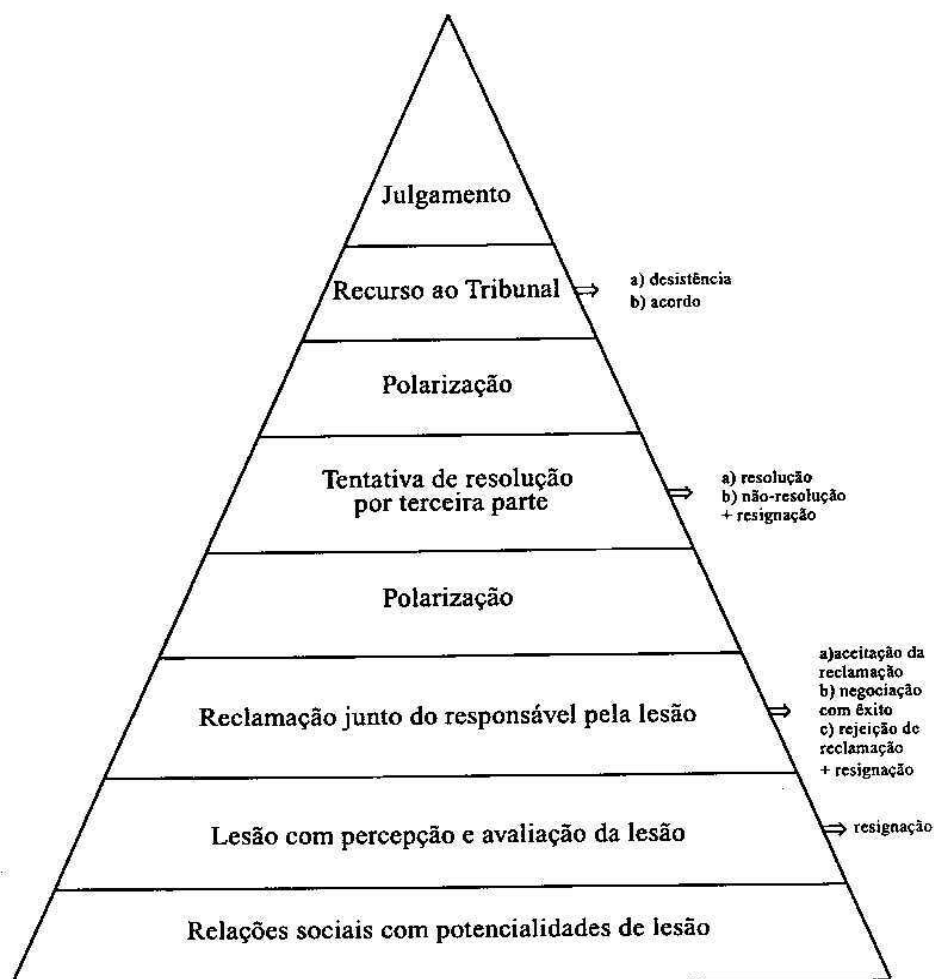
Acesso em: 18 jul. 2017.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução: José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Tradução: José Arthur Giannotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional. (Biblioteca Universitária. Série 1ª Filosofia), v. 10, 1968.

## ANEXO A – PIRÂMIDE DOS LITÍGIOS E SUA RESOLUÇÃO\*

**FIGURA 1**  
**PIRÂMIDE DOS LITÍGIOS E SUA RESOLUÇÃO**



\* Extraído de SANTOS, Boaventura de Sousa. MARQUES, Maria Manuel Leitão. PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Oficina do CES (Centro de Estudos Sociais)**, Coimbra, n. 65, 1995, p. 54.